

# Od szkoły klasycznej do neoklasycznej w prawie karnym



# Od szkoły klasycznej do neoklasycznej w prawie karnym

Pod redakcją Jana Widackiego

Krakow 2016

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:  
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzje: prof. zw. dr hab. Janina Błachut, prof. zw. dr hab. Piotr Kardas,  
prof. zw. dr hab. Krzysztof Krajewski, prof. zw. dr hab. Jerzy Migdał,  
dr hab. prof. UJ Włodzimierz Wróbel, prof. zw. dr hab. Andrzej Zoll

Projekt okładki: Oleg Aleksejczuk

Adiustacja: Kamil Jurewicz

ISBN 978-83-65208-38-5

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego  
Kraków 2016

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana  
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie,  
ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie  
za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących,  
nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela  
praw autorskich.

Na zlecenie:



Krakowskiej Akademii  
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego  
[www.ka.edu.pl](http://www.ka.edu.pl)

Wydawca: Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2016

Sprzedaż prowadzi:  
Księgarnia U Frycza  
tel./faks: (12) 252 45 93  
e-mail: [ksiegarnia@kte.pl](mailto:ksiegarnia@kte.pl)

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: MKpromo

# Spis treści

*Jan Widacki*

Zamiast wstępu. Od szkoły klasycznej do neoklasycznej.  
Czy wróciliśmy do punktu wyjścia? ..... 7

*Jan Widacki*

Filozofia prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła ..... 25

*Jan Widacki, Anna Szuba-Boroń*

Profesor Józef Rosenblatt – klasyk, socjalista czy prekursor  
pozytywizmu? ..... 53

*Magdalena Grzyb*

Prawo karne wobec konfliktu kultur ..... 81

*Monika Płatek*

Kryminologia feministyczna w dobie postmodernizmu ..... 97

*Marek J. Lubelski*

Kryzys filozofii karania? Garść refleksji na tle nowelizacji  
k.k. z 20 lutego 2015 r. .... 131

*Katarzyna Banasik*

Kara w ujęciu neoklasyków von Hirscha i van den Haaga ..... 151

*Wojciech Dadak*

Od klasycyzmu do populizmu, czyli o funkcjach kary  
kryminalnej w społeczeństwie ..... 165

Indeks nazwisk ..... 183



Jan Widacki

Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

## Zamiast wstępu. Od szkoły klasycznej do neoklasycznej. Czy wróciliśmy do punktu wyjścia?

Najpierw kilka uściśleń terminologicznych. Pojęcie „szkoła klasyczna” nie jest niewątpliwie pojęciem ostrym. Do szkoły klasycznej zalicza się zwykle te koncepcje prawa karnego, które za podstawę odpowiedzialności karnej przyjmują wolną wolę człowieka, pełny indeterminizm w sferze zachowań ludzkich i społecznych, a nadto uznają, że kara kryminalna ma uzasadnienie metafizyczne, jest reakcją na zło, jakim jest przestępstwo. Z tego ostatniego logicznie wynika, że normy prawa karnego chronią etyczne dobro. Kara zatem może (ale nie musi) realizować jakieś cele praktyczne. Te, jeśli nawet są realizowane, to niejako przy okazji.

Metafizyczne uzasadnienie kary, która ma być przede wszystkim zadośćuczynieniem moralnym za winę i popełnione przestępstwo, pociąga za sobą z reguły dwie konsekwencje. Pierwszą jest to, że szukając miary dla adekwatnego zadośćuczynienia, jako wzorzec przyjmuje się zwykle, z braku innych wymiernych kryteriów, ciężar popełnionego przestępstwa. Stąd już krok tylko do starożytnej zasady talionu: „oko za oko, ząb za ząb”. Gdyby celem kary było co innego niż niemierzalne zadośćuczynienie, na przykład resocjalizacja przestępcy, ciężar kary, jej długość w przypadku kary pozbawienia wolności, można by określać czasem niezbędnym dla lepszego lub gorszego uzyskania tego wymier-

nego przecież celu. Jak mierzyć rozmiar zła wyrządzonego przestępstwem? W zasadzie jedynym, poza niepraktyczną i trudną do realizacji zasadą „oko za oko, ząb za ząb” (jej dosłowna realizacja wymagałaby różnych rodzajów kar, w zasadzie tylu, ile jest możliwych przestępstw i sposobów ich popełnienia), kryterium oceny zła wyrządzonego przestępstwem, wedle którego dobierany jest rozmiar zadośćuczynienia, jest społeczne poczucie sprawiedliwości. Zatem sprawiedliwa jest taka kara, którą społeczeństwo uzna za adekwatną jako zadośćuczynienie za dane przestępstwo. A społeczeństwo, zwłaszcza w okresach „paniki moralnej”, domaga się z zasady bardzo surowych kar. Drugą konsekwencją przyjęcia głównie metafizycznego sensu kary jest to, że naprawiać ma ona w sferze moralnej zło wyrządzone przestępstwem, a nie przestępcę. Tak więc wszystkie jego cechy osobowe, warunki, w jakich wzrastał i żyje, są bez znaczenia. Jeśli są bez znaczenia, to nie ma potrzeby ich badać. Nie ma tej potrzeby w szczególności sąd wymierzający karę. Nie ma sensu ani podstaw, by indywidualizować winę, nie ma na dobrą sprawę miejsca na sędziowski wymiar kary, nie ma przeszkód dla sankcji ściśle oznaczonych w kodeksie. Te sankcje ściśle oznaczone są wystarczającą formą uzewnętrznienia społecznego poczucia sprawiedliwości, które wyraża i ustanawia w imieniu społeczeństwa ustawodawca. Nic też dziwnego, że przyjęcie założeń szkoły klasycznej idzie na ogół w parze z s u r o w o ś c i ą k a r. Ta zaś, jak słusznie swego czasu zauważył Monteskiusz, „lepiej odpowiada despotyzmowi, którego zasadą jest groza, niż monarchii i republice, których sprężynami są honor i cnota”, a nadto, dowodzi Monteskiusz, „łatwo byłoby udowodnić, iż we wszystkich albo prawie wszystkich państwach Europy kary zmniejszały się lub powiększały, w miarę jak zbliżano się albo oddalano od wolności”<sup>1</sup>.

Tak pojęta szkoła klasyczna obejmuje cały szereg różniących się od siebie w szczegółach teorii.

Z reguły przyjmuje się, że filozoficzne podwaliny pod tę szkołę dał Immanuel Kant, choć z powodzeniem tych podwalin można szukać

---

<sup>1</sup> Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, Warszawa 2009, s. 114–115 (Biblioteka Filozofów).



już wcześniej, nie tylko w teologicznych uzasadnieniach kary, gdzie jak w filozofii św. Augustyna czy św. Tomasza z Akwinu kara kryminalna była narzędziem pokuty, a jej głównym celem było przywrócenie przestępcy-grzesznikowi utraconej w wyniku popełnienia przestępstwa łaski Bożej, ale nawet u myślicieli nowożytnych, w szczególności u Grocjusza.

Po Grocjuszu w myśli prawnocarnej wyodrębniły się trzy zasadnicze, modelowe teorie kary: teorie karne bezwzględne, czyli odwetowe, oparte na zasadzie słuszności (sprawiedliwości); teorie karne względne, czyli uylitarne, oparte na zasadzie użyteczności; teorie karne mieszane, czyli takie, które w różnym stopniu uwzględniały zarówno pierwiastki słuszności, jak i użyteczności. Te pierwsze, jak czasem podkreśla się w literaturze, nastawione są na przeszłość, na czyn przestępny, te drugie nastawione są na to, co ma się wydarzyć w przyszłości (poprawa sprawcy, oddziaływanie prewencji itp.). W tych pierwszych związek między przestępstwem a karą ma charakter etyczny, w tych drugich, jest to co najwyżej związek logiczny.

Uwzględniając powyższe kryteria, można przeprowadzić całą systematykę teorii karnych. Jedną z nich zaproponował swego czasu jeden z epigonów szkoły klasycznej w Polsce, a zarazem jeden z jej najwybitniejszych przedstawicieli, Edmund Krzymuski<sup>2</sup>.

Krzymski zwraca uwagę, że wedle Platona i Arystotelesa kara powinna nie tyle występować przeciwko już popełnionym przestępstwom, ile dążyć do zapobieżenia im na przyszłość<sup>3</sup>. A zatem kara miała znaczenie przede wszystkim uylitarne, praktyczne. Dopiero w filozofii chrześcijańskiej, m.in. u św. Augustyna i św. Tomasza z Akwinu, kara nabiera sensu metafizycznego, staje się, jak wspomniano, narzędziem pokuty, środkiem mającym przywrócić grzesznikowi utraconą łaskę Bożą. Nic więc dziwnego, że przy takim uzasadnieniu kary, im ona surowsza i okrutniejsza, tym lepiej spełnia swą funkcję, realizując część

---

<sup>2</sup> E. Krzymuski, *Zarys ogólnych instytucji prawa karnego*, Kraków 1918 (systematykę tę powtórzył, z niewielkimi modyfikacjami, w wydanej w 1923 r. *Historii filozofii prawa do połowy XIX wieku*).

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 6.

pokuty na ziemi, uwalnia od kary po śmierci. Jest swoistą zaliczką na poczet późniejszego czyśćca czy mąk piekielnych.

Za pierwszą systematycznie zbudowaną teorię karną uważa Krzymuski teorię Grocjusza, wyłożoną w dziele *De iure belli ac pacis*, wydany w 1625 r.<sup>4</sup>. Grocjusz odróżniał, jak wiemy, karę idealną i karę jako narzędzie sprawiedliwości społecznej. Kara idealna jest zdaniem Grocjusza bezwzględna, czerpie swoje usprawiedliwienie czy też uzasadnienie z samego faktu popełnienia przestępstwa i stopnia winy jego sprawcy. To jest meritum tej kary. Uskarżać się na nią ten, kto popełnił przestępstwo, nie może, bowiem, jak twierdzi Grocjusz, „qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit”. Ale wymiar tej kary idealnej przysługuje tylko Bogu, nie ludziom. Żaden bowiem człowiek nie jest w stanie dokonać dokładnej oceny winy. Ale jest jeszcze kara rozumiana jako narzędzie sprawiedliwości społecznej. Dla jej uzasadnienia nie wystarczy już samo meritum. Ta kara musi jeszcze prowadzić do celów rozumnych, musi być pożyteczna, użyteczna. Tak więc, zdaniem Krzymuskiego, mamy u Grocjusza dwa pierwiastki kary: słuszność i użyteczność. W oparciu o te pierwiastki dokonać można klasyfikacji teorii karnych. Można wyodrębnić teorie oparte na zasadzie słuszności, które Krzymuski nazwie teoriami karnymi bezwzględnymi, czyli odwetowymi, teorie oparte głównie na zasadzie użyteczności, a więc teorie karne względne, czyli utylitarne, i teorie karne mieszane, oparte na obydwu tych pierwiastkach. Krzymuski w oparciu o te kryteria zbudował całą złożoną klasyfikację teorii karnych. Sam Krzymuski, uparcie błędnie zaliczany do kantystów<sup>5</sup>, najbliższy był teorii poprawy moralnej Karla Roedera, a ściślej jej odmiany w wydaniu Karla Krausego i Heinricha Ahrensa, której stanowisko oceniał jako idealizm podmiotowo-przedmiotowy (w odróżnieniu od idealizmu podmiotowego Fichtego i idealizmu przedmiotowego

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Ostatnio „kantystą i założycielem krakowskiej szkoły prawa karnego” nazwali Krzymuskiego M. Królikowski i R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 60.

Schellinga i Hegla). Dla Kanta, sprawiedliwa odpłata była celem kary samym w sobie. Tymczasem dla Krzymuskiego sprawiedliwa odpłata była jedynie środkiem do celu, którym była prewencja tak indywidualna, jak i generalna. Pod tym względem Krzymuski bliższy był Jeremy'emu Benthamowi niż Kantowi<sup>6</sup>.

Nawiasem mówiąc, twierdzenie, że Krzymuski był założycielem „krakowskiej szkoły prawa karnego”, jest także nieprawdziwe. Klasykiem nie był ani współczesny Krzymuskiemu Józef Rosenblatt, ani późniejszy Józef Reinhold, pozytywista i bezpośredni uczeń Liszta, ani tym bardziej Juliusz Makarewicz, ani następujący na katedrze po Krzymuskim Władysław Wolter, który katedrą kierował od 1928 aż do 1967 r. Z tego co wiem, za uczniów Woltera uważali się jego następcy: Kazimierz Buchała i Andrzej Zoll. Żadnego z nich do szkoły klasycznej czy neoklasycznej zaliczyć nie można.

Do szeroko pojętej szkoły klasycznej zalicza się także Bentham, który, podobnie zresztą jak Paul Feuerbach, był nie tylko zwolennikiem utylitarnej koncepcji kary. Bentham z jednej strony uznawał karę za przestępstwo za narzędzie harmonizacji interesu jednostek z interesem ogółu (społeczeństwa), co wyraźnie, jako założenie metafizyczne łączy go ze szkołą klasyczną, z drugiej – równocześnie silnie akcentował rolę prewencyjną kary, tak w sensie indywidualnym, jak i generalnym. W wymiarze indywidualnym, zdaniem Benthama, prewencja polega na tym, że unieszkodliwia przestępcę, poprawia go i odstrasza od popełnienia kolejnego przestępstwa. W swej wspomnianej klasyfikacji Krzymuski zaliczył koncepcję Benthama do teorii zapobieżenia ogólnego i szczególnego.

Rozwój nauk szczegółowych, szczególnie przyrodniczych, w drugiej połowie XIX w., który zaowocował między innymi pozytywizmem w filozofii, przekonywał dobitnie, że przyroda i społeczeństwo rozwijają się i funkcjonują wedle dających się uchwycić praw o charakterze

---

<sup>6</sup> Por. J. Widacki, *Profesora Krzymuskiego spóźniony zachwyt szkołą klasyczną*, [w:] *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkola klasyczna w defensywie*, Kraków 2013.

przyczynowo-skutkowym, a czyny ludzkie nie są całkowicie wolne, ale zdeterminowane całym szeregiem czynników o różnym charakterze, jako że człowiek jest nie tylko jednostką ludzką, ale też częścią społeczeństwa i częścią przyrody – i ich wytworem. Jeśli zatem ludzkie czyny nie są całkowicie wolne, ale przeciwnie – są zdeterminowane, trzeba szukać innych niż te, które uznawała szkoła klasyczna, podstaw odpowiedzialności za te czyny, w szczególności podstaw odpowiedzialności prawnokarnej. Wychodząc z tych założeń, Liszt trafnie zauważył, że „ze stanowiska determinizmu okazywać pogardę przestępcy byłoby równie niedorzeczne, jak otaczać nią trędowatego”<sup>7</sup>.

Pozytywizm we wszystkich swych odmianach, antropologicznej (C. Lombroso, R. Garofalo), socjologicznej (F. Liszt, É. Durkheim, G. Tarde, A. Lacassagne, J. Makarewicz) czy multikauzalnej (E. Ferri) zakłada, że kara jest koniecznością nie moralną, ale logiczną. Tak jak sprawca, zdeterminowany w swym działaniu czynnikami psychologicznymi czy psychopatologicznymi lub środowiskowymi (społecznymi), popełnił przestępstwo, bo poniekąd pod wpływem tych czynników musiał je popełnić, tak państwo, determinowane swymi zadaniami, wśród których jest ochrona bezpieczeństwa jego mieszkańców i jego samego, musi zareagować. Tak jak przyjęcie pozytywistycznego determinizmu po stronie przestępcy znosi winę w dotychczasowym, woluntarystycznym jej rozumieniu, tak też konsekwentnie musi zmienić się sens kary. Traci ona sens metafizyczny, „sprawiedliwościowy”, zostaje faktycznie zredukowana do roli środka zabezpieczającego. Przestępcy się nie karze, a swoiście leczy (resocjalizuje), albo – gdy jest on z jakichś względów „nieuleczalny”, czyli jest „przestępcą niepoprawnym” – po prostu izoluje od społeczeństwa.

Obrona założeń szkoły klasycznej wobec naporu nowoczesnych nauk empirycznych nie była łatwa. Trzeba było dokonywać niezwykłych intelektualnych łamańców, wymieszania argumentów naukowych i metafizycznych, aby przekonywać, że statystyka kryminalna, od czasów Adolphe’a Queteleta nie tylko opisowa, ale także analityczna, nie daje podstaw do stwierdzania prawidłowości zachodzących w zjawisku

<sup>7</sup> F. Liszt, *Lehrbuch des deutsche Strafrechts*, Berlin 1898.

przestępczości, a jedynie jest „historycznym” sprawozdaniem z tego, co było w przeszłości, nieuprawniającym do przewidywania, co może stać się w przyszłości. Statystyka moralna (jak nazywano czasem statystykę kryminalną) zdaniem Krzymuskiego

nic więcej nie wykazała, jak tylko to, że przy danych okolicznościach duch ludzki w pewien sposób objawił swoje życie moralne. Lecz nie znaczy to jeszcze, by ten sposób był absolutnym, odnośnie do tego nawet, co zaszło; a cóż dopiero by miał obowiązywać na przyszłość<sup>8</sup>.

Tymczasem sens statystyki kryminalnej polega właśnie na tym, że opisując danymi liczbowymi zdarzenia przeszłe, umożliwia zaobserwowanie prawidłowości, których znajomość pozwala przewidzieć bieg zdarzeń przyszłych. Co więcej, jeśli wśród zaobserwowanych związków przyczynowo-skutkowych są przyczyny, na które możemy mieć wpływ, możemy zdarzenia przyszłe nie tylko przewidywać, ale także na nie wpływać.

Przeciw oczywistym faktom ustalonym i zweryfikowanym empirycznie w nauce wytaczano argumenty natury metafizycznej. Twierdzono na przykład, że przyjęcie, iż czyny ludzkie są zdeterminowane, odziera człowieka z ludzkiej godności, sprowadza go z roli podmiotu do roli przedmiotu i już z tego powodu nie wolno do tego dopuścić. Mieszano argumenty naukowe i metafizyczne, popełniając grzech najcięższy wobec założeń pozytywizmu, który za jeden z kanonów przyjął demarkację nauki od nienauki.

Zdaniem Krzymuskiego ujęcie deterministyczne nie tylko musi doprowadzić do bankructwa prawa karnego, ale przekreśla też odrębność świata moralnego od świata przyrody, a w konsekwencji prowadzi „do największego poniżenia człowieka poprzez zakwestionowanie jego wolnej woli, a zatem władzy nad samym sobą”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> E. Krzymuski, *Znaczenie naukowe statystyki moralności i doniosłość jej wywodów dla represji przestępstw*, [w:] *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkoła klasyczna...*, s. 25.

<sup>9</sup> Idem, *Determinizm i poczytanie przestępstw w świetle najnowszych badań*, „Czasopismo Prawne i Ekonomiczne” 1900, t. 1, s. 18–55.

Mimo rozpaczliwej obrony koncepcji szkoły klasycznej prowadzonej przez jej epigonów, wśród których niewątpliwie do najwybitniejszych należał Krzymuski, musiała ona ulec wobec odkryć i ustaleń nauki współczesnej. Zarówno odkrycia w sferze nauk o człowieku, w tym zwłaszcza w psychologii, jak i w sferze nauk społecznych, potwierdzające istnienie przyczynowo-skutkowych powiązań faktów i zdarzeń, przyjęcie każą determinizm także w sferze ludzkich zachowań jako oczywisty. Oczywiście nie determinizm w tak skrajnej postaci, jak skłonni byli przypuszczać pozytywiści przełomu XIX i XX w. Dzisiejsza socjologia nie twierdzi już, że społeczeństwem rządzą prawa równie bezwzględne jak w przyrodzie. Zarówno w przypadku istot rozumnych, jak i ich zbiorowości, liczba czynników determinujących zachowania jest nieporównanie większa niż ma to miejsce w przyrodzie (przynajmniej w zakresie, w jakim jesteśmy w stanie to obserwować), trudna do kompletnego skatalogowania, a co dopiero do ustalenia skutków wzajemnego ich oddziaływania i siły poszczególnych czynników, w końcu – ich sumy czy wypadkowej na decyzje ludzkie. Wśród czynników determinujących ludzkie zachowania są zapewne i takie, które polegają na wierności i posłuszeństwie różnym normom o charakterze religijnym lub moralnym. Niektórych czynników determinujących ludzkie działania człowiek jest świadom, innych nie. Na niektóre spośród tych uświadomionych czasem może mieć wpływ, ich działanie osłabiać albo modyfikować. Jak słusznie zauważył Kazimierz Ajdukiewicz, fakt „tak zwanego panowania nad sobą daje się doskonale pogodzić z przyjęciem, iż wszystkie postanowienia człowieka są przez pewne warunki jednoznacznie zdeterminowane, a odpowiedzialność moralna daje się pojąć w taki sposób, który nie wymaga wolnej woli”<sup>10</sup>. Jeden z czołowych przedstawicieli neopozytywizmu Moritz Schlick wywodził, że człowiek właśnie dlatego może być odpowiedzialny za swe czyny, że jest zdeterminowany, a kara kryminalna jest jednym z istotnych czynników determinujących ludzkie działania. Zatem przyjęcie

---

<sup>10</sup> K. Ajdukiewicz, *Zagadnienia i kierunki filozofii. Teoria poznania, metafizyka, Kęty–Warszawa 2004*, s. 121.

przyczynowości i odrzucenie wolnej woli było dla niego warunkiem ludzkiej odpowiedzialności<sup>11</sup>.

Od końca XIX w. w kryminologii niepodzielnie zapanował pozytywizm w rozmaitych odmianach, co miało swe konsekwencje także w prawie karnym i polityce kryminalnej. Paradygmat pozytywistyczny zakładał, najogólniej rzecz ujmując, że przyczyny przestępczości są empirycznie poznawalne, mają charakter psychologiczny lub psychopatologiczny, lub społeczny, albo łącznie psycho-społeczny. Zakładał on też, lub co najmniej domniemywał, że przestępcy różnią się od nieprzestępców bądź cechami osobistymi, bądź warunkami społecznymi, w jakich wzrastali i funkcjonują. Poszczególni badacze i poszczególne teorie doszukiwały się bardziej szczegółowych przyczyn przestępstw. Ci, którzy byli skłonni doszukiwać się ich przede wszystkim w czynnikach socjologicznych, szukali ich bądź w społecznej anomii lub dezorganizacji (É. Durkheim, R. Merton, F. Znaniecki), bądź też w zróżnicowanych powiązaniach z obowiązującymi normami (E. Sutherland) lub w braku czy osłabieniu kontroli społecznej (W. Reckless, F.I. Nye, T. Hirschi). Wśród czynników determinujących przestępczość wskazywano na rolę państwa, w szczególności systemu sprawiedliwości kryminalnej (*criminal justice system*), który ścigając przestępczość, może ją także przy okazji generować, etykietując, stygmatyzując ludzi. Ci, którzy szukali przyczyn przestępstwa przede wszystkim w jednostkach, koncentrowali się na zaburzeniach osobowości, w szczególności zaburzeniach typu psychopatycznego, a czasem po prostu na typie osobowości (np. H. Eysenck), typie konstytucjonalnym (E. Kretschmer, W. Sheldon) albo próbowali wyjaśnić przyczyny przestępstwa, odwołując się do teorii psychoanalizy w ujęciu Freuda i jego kontynuatorów, a wreszcie, całkiem niedawno – szukając przyczyn zachowań przestępczych w anomaliach chromosomalnych i wywołanych nimi zaburzeniach osobowości. W tym ogólnym paradygmacie mieściło się w zasadzie także podejście marksistowskie, akcentujące silnie społeczne, w szczególności ekonomiczne, czynniki determinujące przestępczość.

<sup>11</sup> M. Schlick, *Fragen der Ethik*, Wien 1930.

Trwała też cały czas dyskusja między przedstawicielami nurtu indywidualnego i społecznego w ramach orientacji pozytywistycznej. Spór, którego istotę ujął jeszcze w końcu XIX w. Francis Galton w lapidarnym sformułowaniu *nature or nurture* („natura czy środowisko”). Co bardziej decyduje o tym, że człowiek jest taki, jaki jest, że jest przestępcą lub nim nie jest: natura, a więc biologia, to, co dziedziczy się w genach po swoich przodkach, czy wychowanie, które otrzymuje się w środowisku społecznym? Rozstrzygnąć ten spór próbowano metodą genealogiczną, badając historię całych rodów i szukając powtarzających się cech w kolejnych generacjach, metodami badania bliźniąt (zapoczątkowanymi w latach 20. XX w.) czy w badaniach adopcyjnych, próbując ustalić, ile dzieci dziedziczą po naturalnych, biologicznych rodzicach, a ile – po rodzicach adopcyjnych.

Wszystkie obowiązujące teorie kary wyprowadzone z kryminologii pozytywistycznej zakładały przede wszystkim jej użyteczność. Kara miała resocjalizować i izolować. Na ten resocjalizacyjny aspekt kary szczególną uwagę zwracał ruch obrony społecznej (F. Gramatica, M. Ancel).

Pierwszym sygnałem wskazującym na kres pozytywistycznego paradygmatu w kryminologii były rozważania Thorstena Sellina, który na krótko przed II wojną światową, w 1938 r., opublikował książkę *Culture conflict and crime*. Wyłożona przez Sellina teoria konfliktu znalazła swoją kontynuację w teoriach konfliktu grup George’a B. Volda, teorii rzeczywistości społecznej Richarda Quinneya, kryminalizacji Austina Turka, analizie systemu *criminal justice* Williama Chamblissa i Roberta Seidmana, w podejściach neomarksistowskich – ostatecznie nurt ten osiągnął w końcu lat 60. XX wieku swą kulminację w postaci kryminologii postmodernistycznej, obejmującej różne nurty kryminologii radykalnej (zwanej także nową), krytycznej, anarchistycznej (T. Bernard w USA, I. Taylor, P. Walton, J. Young w Wielkiej Brytanii, N. Christie w Norwegii, I. Balbus, S. Spitzer i ich liczni kontynuatorzy, szczególnie w USA). Jest rzeczą charakterystyczną, że nurty te w naukach społecznych, w tym w kryminologii, rozwinęły się gwałtownie



w USA i Europie Zachodniej po rewolcie studenckiej 1968 r., będącej odpowiedzią na kryzys świata zachodniego i jego wartości wywołany przeciągającą się okrutną wojną w Wietnamie i paraliżującym Europę Zachodnią kryzysem paliwowym spowodowanym wojną na Bliskim Wschodzie. Nurty te wciąż są żywe i wciąż ewoluują.

Wszystkie te teorie zaatakowały kryminologię pozytywistyczną we wszystkich jej istotnych elementach. Zwraçały przede wszystkim uwagę na to, że próżno szukać tradycyjnie pojętych przyczyn przestępstw, skoro o tym, co jest, a co nie jest przestępstwem, decyduje ustawodawca, który tworząc przepisy karne, penalizuje wybrane przez siebie czyny. Zatem przede wszystkim należy pytać, nie dlaczego pewni ludzie popełniają przestępstwa, a inni nie, ale raczej – dlaczego ustawodawca zakazał pewnych czynów, a innych nie. Czym się kierował przy tym wyborze? W czym interesie działał? W konsekwencji szukanie cech dystynktywnych przestępcy i nieprzestępcy, czym w dużej mierze zajmowała się tradycyjna, pozytywistycznie ukierunkowana kryminologia, jest zajęciem jałowym. Student posiadający w kieszeni gram marihuany w Polsce jest przestępcą, a w Holandii – nie, bo w Polsce ustawodawca z posiadania marihuany uczynił przestępstwo, a w Holandii – nie. Jedyna różnica między wspomnianymi studentami nie wynika ani z ich osobowości, ani warunków społecznych, w jakich żyją – wynika jedynie z odrębnej regulacji prawnej w ich krajach, na którą zresztą nie mieli żadnego wpływu.

Jedną z konsekwencji radykalnej kryminologii było zakwestionowanie z jednej strony tradycyjnego prawa karnego i sensu karania w obecnym kształcie, z drugiej zaś – zakwestionowanie sensu utrzymywania całego kosztownego systemu *criminal justice*. Podnoszono, że koszty jego utrzymania, mimo że jest on nie tylko niewydolny, ale sam produkuje przestępczość (brutalność policji, stygmatyzowanie osób, które popełniły przestępstwo), są wyższe niż straty wynikające z przestępstw, a więc z ekonomicznego punktu widzenia utrzymywanie tego systemu (policja, sądy, prokuratura, więziennictwo) jest po prostu nieopłacalne. Jedną z propozycji było zastąpienie dotychczasowej

sprawiedliwości retrybtywnej (represyjnej), nastawionej na ujęcie i ukaranie sprawcy przestępstwa, sprawiedliwością naprawczą, której celem pierwszoplanowym byłoby naprawienie szkody.

Na to wszystko nałożył się kryzys amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości oraz systemu penitencjarnego. Wysoki odsetek recydywistów wśród skazanych posłużył za argument przeciwko resocjalizacji jako głównemu celowi kary. W ogólnej dyskusji nad przyczynami niepowodzeń z resocjalizacją podniosły się głosy, że resocjalizacja jest po prostu niemożliwa, a amerykański wymiar sprawiedliwości od lat próbuje zrealizować coś, czego zrealizować się nie da. Odrzucono przy tej okazji cały dorobek kryminologii pozytywistycznej, nie przyjęto też do wiadomości dorobku kryminologii radykalnej – wrócono do założeń szkoły klasycznej. To odrzucenie dorobku kryminologii pozytywistycznej w wersji ostrzejszej polegało na zakwestionowaniu prawdziwości jej twierdzeń. Skoro resocjalizacja skazanych z zasady się nie powiodła, uznano, że była oparta na błędnych przesłankach dostarczonych przez kryminologię. Zamiast rozważać, jakie są przyczyny przestępstw, trzeba po prostu karać przestępców, karać proporcjonalnie do powagi popełnionych przez nich przestępstw. Przedstawiciel tego nurtu Ernest van den Haag w 1975 r. opublikował w Nowym Jorku książkę o znamienym tytule: *Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question*. Rok później inny przedstawiciel tego nurtu Andrew von Hirsch tytułem swej książki wyrażał program: *Doing Justice. The Choice of Punishments*. Nie oglądając się na to, co twierdzą kryminolodzy, trzeba po prostu „czynić sprawiedliwość”. W łagodniejszej formie kierunek ten w Ameryce reprezentował James Q. Wilson. Krytykował on zarówno kryminologię radykalną, jak i całą kryminologię pozytywistyczną. Twierdził, że kryminologia pozytywistyczna ustaliła takie czynniki determinujące przestępczość, na które wpływu nie ma i mieć nie może nie tylko system *criminal justice*, ale w ogóle państwo. Jak zlikwidować przyczyny przestępstw takie jak konflikt kultur, jak wyeliminować przyczyny anomii i jej zapobiegać? A jak przeciwdziałać predyspozycjom osobowościowym? Wilson nie kwestionuje ustaleń kryminologii, wątpi jedynie w jej użyteczność w bieżącej

walce z przestępczością. Jego zdaniem państwo i jego organy powinny koncentrować się nie na odległych przyczynach przestępczości, tylko na doraźnej reakcji na przestępstwa i naruszenia porządku prawnego. Jedną z takich reakcji jest realizacja programu „zero tolerancji”, a jego wystarczającym uzasadnieniem jest teoria „wybitych szyb”.

Neoklasycyzm, zwany też retributywizmem, zyskał sporą popularność w kręgach konserwatystów Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii. W Polsce jego propagatorem było środowisko fundacji „Ius and Lex” skupione wokół dra Janusza Kochanowskiego i jego współpracowników. Współcześnie jego wybitnym przedstawicielem jest Michał Królikowski. Szczególnie w latach 2005–2007, ale także i później, przedstawiciele tej szkoły mieli istotny wpływ na politykę kryminalną w Polsce. Politykę, którą charakteryzowało ustawiczne zaostrzanie kodeksu karnego, niezawahanie się przy nowelizacji art. 148 §2 k.p.k. i wprowadzenie za kwalifikowane zabójstwo sankcji ściśle oznaczonej (Trybunał Konstytucyjny uznał niekonstytucyjność procedury tej nowelizacji), wprowadzenie kategorii przestępstw, za które kara nie ulega zatarciu, pomysły z kastrowaniem chemicznym niektórych sprawców przestępstw seksualnych, wreszcie uchwalenie tzw. ustawy o bestiach.

Wydaje się, że ten kierunek myśli prawnokarnej trafnie scharakteryzował Thomas Weigend w artykule *Neoklassizismus – ein transatlantisches Missverständnis*<sup>12</sup>. Autor ten twierdzi, że neoklasycyzm nie jest odpowiedzią myśli kryminologicznej na wyzwania współczesnej przestępczości, ale jedynie próba gwałtownej odpowiedzi na specyficzne, negatywne doświadczenia amerykańskiego systemu penitencjarnego i jego niepowodzenia. Zamiast zastanowić się, jak skutecznie realizować resocjalizację przestępców, zamiast rozważać przyczyny niepowodzeń resocjalizacji w warunkach amerykańskich, zakwestionowano w ogóle celowość dążenia do resocjalizacji.

Zostawiając na boku amerykańskie problemy z resocjalizacją, można bez trudu wskazać, co utrudnia resocjalizację w warunkach polskich.

---

<sup>12</sup> T. Weigend, *Neoklassizismus – ein transatlantisches Missverständnis*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1982, Band 94, Heft 3.

W szczególności jest to przeładowanie więzień, utrudniające czy wręcz uniemożliwiające prawidłowe rozdzielanie recydywistów od tych, którzy do więzienia trafili po raz pierwszy, zamykanie w więzieniach tych, którzy tam trafić absolutnie nie powinni, zbyt niskie nakłady na więziennictwo, a w konsekwencji zbyt mała liczba kwalifikowanych wychowawców, psychologów, terapeutów.

Warto przypomnieć, że Polska ma jeden z najwyższych w Europie współczynników prizonizacji (liczba pozbawionych wolności w stosunku do liczby mieszkańców), co najmniej dwukrotnie wyższy niż większość demokratycznych państw Europy Zachodniej. Ma też jedną z najniższych w Europie powierzchni w zakładach karnych przypadających na jednego osadzonego. Jak w tych warunkach możliwa miałaby być prawidłowa, skuteczna resocjalizacja? Przyczyn nieskutecznej resocjalizacji szukać należy także w słabej opiece postpenitencjarnej, zbyt małej liczbie kuratorów, w efekcie czego opuszczający zakład karny ma bardzo utrudniony powrót do społeczeństwa.

Neoklasycyzm remedium na przestępczość widzi w surowych karach, uzasadnia też celowość przywrócenia kary śmierci. Twierdzenia neoklasyków współgrają z przekonaniami znacznej części opinii publicznej, która wierzy, że surowość kar jest jedynym środkiem na przestępczość. Świadomie czy nieświadomie dostarcza argumentów autokratycznej władzy do zaostrzania przepisów karnych i uzasadniania populistycznych zmian w prawie, często czynionych cynicznie, dla doraźnych politycznych korzyści, przy wykorzystaniu paniki moralnej wywołanej raz po raz nagłościami przez media jednostkowym, szczególnie drastycznym, poruszającym wyobraźnię i rozbudzającym emocje przypadkiem.

Klasycyzm swoje twierdzenia budował bez znajomości ustaleń kryminologii, która dopiero się rodziła. Neoklasycyzm, tych ustaleń znać nie chce i jawnie je ignoruje.

Klasycyzm karę uzasadniał metafizycznie, niejednokrotnie odwołując się do teologii. Jeśli czyni to dziś, pozostaje w konflikcie z nauczaniem Kościoła, bowiem Katechizm Kościoła katolickiego, nie kwestionując, że jednym z celów kary jest naprawienie naruszonego

porządku, równocześnie wyraźnie twierdzi, że kara kryminalna ma cele utylitarne: ochronę bezpieczeństwa ludzi i dążenie do poprawienia przestępcy. Kościół katolicki zmienił też swój stosunek do kary śmierci. Po encyklice Jana Pawła II *Evangelium Vitae* z 1995 r., po jego bożenarodzeniowym orędziu z 1998 r., w którym zaapelował do państw i narodów o zniesienie kary śmierci, ostatnio w marcu 2015 r. na 28. sesji Rady Praw Człowieka stały obserwator Stolicy Apostolskiej przy instytucjach ONZ w Genewie, abp Silvano Tomasi, w imieniu papieża Franciszka zaapelował o zniesienie kary śmierci i o polepszenie warunków odbywania kary więzienia oraz o przestrzeganie godności człowieka przysługującej osobom pozbawionym wolności. Osobiście zrobił to papież Franciszek w modlitwie na Anioł Pański 21 lutego 2016 r. Neoklasycyzm z zasady nie wierzy w możliwość resocjalizacji. Jan Paweł II wierzył w resocjalizację i widział jej sens. Mówił o tym niejednokrotnie w czasie swych spotkań z więźniami. Również Franciszek, we wspomnianym wystąpieniu nie tylko wyraził wiarę w możliwość resocjalizacji, ale wręcz uznał, że sprawiedliwość karna otwarta ma być na „nadzieję, że uda się resocjalizacja skazanych”.

Dziś neoklasycyzm w prawie karnym jest czymś zdecydowanie anachronicznym. Istnieje jednak realna obawa, że w obecnej sytuacji politycznej, w jakiej znalazła się Polska, przy uwzględnieniu sytuacji w Europie poważnie zagrożonej terroryzmem islamskim, szkoła neoklasyczna będzie miała bardzo istotny, być może nawet decydujący wpływ na politykę kryminalną państwa.

Z tego punktu widzenia, myśl prawnokarna i polityczno-kryminalna po stu latach zatoczyła koło, czy jak kto woli – zakreśliła pętlę. Realnie można się obawiać, że wracamy do punktu wyjścia.

Zebrane w tej książce artykuły i eseje oczywiście nie wyczerpują problematyki ewolucji myśli prawnokarnej od czasów szkoły klasycznej do neoklasycznej. Omówione w niej zostały jedynie wybrane – może ktoś powiedzieć: dość przypadkowo – różne zagadnienia. Ale wydaje się, że nawet to niepełne, a niechby nawet chaotyczne przedstawienie problemów stanowić może zaczął dyskusji – skłonić do myślenia, do głębszej refleksji nad prawem karnym i jego instytucjami.

## Piśmiennictwo

- Ajdukiewicz K., *Zagadnienia i kierunki filozofii. Teoria poznania, metafizyka*, Kęty–Warszawa 2004.
- Akers R.L., *Criminological Theories. Introduction, Evaluation, and Application*, 3rd edition, Los Angeles 2000.
- Cieply F., *Kara kryminalna i jej wykonanie w świetle nauczania Jana Pawła II*, [w:] *Zagadnienia prawa karnego na tle nauczania Jana Pawła II*, red. A. Grześkowiak, Lublin 2006.
- Einstadter W.J., Henry S., *Criminological Theory. An Analysis of Its Underlying Assumptions*, Lanham–Boulder–New York–Toronto–Oxford 2006.
- Falandysz L., *W kregu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986 (seria „Omega”).
- Haag E. van den, *Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question*, New York 1976.
- Hirsch A. von, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Chicago 1976.
- Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994.
- Królikowski M., *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybucyjne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” 2004, t. XLIII.
- Idem, *Sprawiedliwość retrybucyjna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex”, 2006, nr 1.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2015.
- Krzymuski E., *Determinizm i poczytanie przestępstw w świetle najnowszych badań*, „Czasopismo Prawne i Ekonomiczne” 1900, t. 1, s. 18–55.
- Idem, *Historia filozofii prawa do połowy XIX wieku*, Kraków 1923.
- Idem, *Szkola pozytywna prawa karnego we Włoszech*, Lwów 1889.
- Idem, *Zarys ogólnych instytucji prawa karnego*, Kraków 1918.
- Idem, *Znaczenie naukowe statystyki moralności i doniosłości jej wyborów dla represji przestępstw*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1877, nr 17–20.
- Liszt F., *Lehrbuch des deutsche Strafrechts*, Berlin 1898.
- Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, Warszawa 2009, s. 114–115 (Biblioteka Filozofów).
- Peno M., *O odpowiedzialności karnej w świetle koncepcji komunikacyjnej kary (uwagi krytyczne)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 8.
- Recent Developments In Criminological Theory*, ed. by S. Henry, S.A. Lukas, Farnham 2009.
- Schlick M., *Fragen der Ethik*, Wien 1930.
- Świda W., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970.

Tyszkiewicz L., *Doktryny i ruch „obrony społecznej” we współczesnym prawie karnym*, Poznań 1963.

Warylewski J., *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007.

Idem, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 6, Warszawa 2015.

Weigend T., *Neoklassizismus – ein transatlantisches Missverständnis*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1982, Band 94, Heft 3.

Widacki J., *Profesora Krzymuskiego spóźniony zachwyt szkołą klasyczną*, [w:] *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkola klasyczna w defensywie*, Kraków 2013.

Wilson J.Q., *Thinking About Crime*, New York 1975.





Jan Widacki

Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

# Filozofia prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła\*

Dyskusje o prawie karnym, sięgające do jego filozoficznych podstaw, prowadzone są obecnie we wszystkich niemal polskich środowiskach prawniczych. Artykuł jest próbą uporządkowania filozoficznych podstaw prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła Katolickiego. Prezentowane w artykule ustosunkowanie się do zagadnienia nie jest jedynym możliwym. Jest ono tylko przedstawieniem jednej z możliwych koncepcji.

## I. Rozważania wstępne

1. Przez „naukę Kościoła” rozumiem tu zarówno to, co Kościół swym wiernym podaje do wierzenia, jak i to, co składa się na tzw. społeczną naukę Kościoła. W ramach tej ostatniej wyróżnia się zazwyczaj nurt oficjalny oraz nurt prywatny. Na oficjalny nurt nauk Kościoła składają

---

Tekst po raz pierwszy ukazał się w „Palestrze” 1989, nr 5–7, s. 83 i n. Niższa edycja jest dokładnym przedrukiem.

\* Artykuł diametralnie odbiega od dogmatycznego ujęcia prawa karnego preferowanego w naszym piśmiennictwie prawniczym. W sposób prosty, ale jasny i przystępny referuje filozoficzne poglądy Kościoła Katolickiego na pojęcie winy i kary, wolnej woli, prawa naturalnego i ludzkiego. Porusza również problematykę kary śmierci w ujęciu Kościoła. Wydaje się, że takie spojrzenie na te zagadnienia czyni zadość wielopoglądowości, tolerancji i pluralizmu naszego środowiska i do toczącej się dyskusji nad reformą prawa karnego wnosi coś nowego [przypis redakcji „Palestry” z 1989 r.].

się dokumenty i oficjalne wypowiedzi hierarchii kościelnej, przede wszystkim Stolicy Apostolskiej, a więc encykliki papieskie, uchwały oraz dokumenty soborów i synodów. Do tego oficjalnego nurtu należą też poglądy papieży wyrażane w ich przemówieniach, orędziach, homiliach i innych jeszcze wypowiedziach.

Na nurt określany mianem prywatnego składają się poglądy wyrażone w pismach i wypowiedziach filozofów, uczonych oraz pisarzy katolickich<sup>1</sup>.

Podział ten jest czysto umowny, albowiem oficjalne dokumenty Kościoła nie powstają w próżni, lecz korzystają z dorobku filozofii chrześcijańskiej, a często odwołują się wprost do myśli filozofów katolickich<sup>2</sup>. Ci ostatni zaś w pismach swych często ustosunkowują się do dokumentów Kościoła, interpretując je czy objaśniając. W praktyce więc obydwie wyróżnione nurty nauki Kościoła splecione są w jedną całość.

2. W dziejach ludzkości nie wykształciło się nic takiego, co by można było nazwać katolicką filozofią prawa karnego. Jest to zrozumiałe, gdyż nauka Kościoła nie obejmuje szczegółowych rozważań z zakresu prawa karnego czy jego filozofii. Zostawia ona w tym względzie wolną rękę kompetentnym dyscyplinom. Zawiera jednak pewne ogólne wskazania o charakterze podstawowym, które mogą być uwzględnione i rozwijane w ramach różnych koncepcji i kierunków filozofii prawa karnego. Można więc mówić nie o jednej takiej filozofii, lecz o wielu.

---

<sup>1</sup> Por. Cz. Strzeszewski, *Ewolucja katolickiej nauki społecznej*, Warszawa 1978, s. 70.

<sup>2</sup> Encykliki społeczne szczególnie często odwołują się do pism św. Tomasza z Akwinu. Papież Leon XIII w encyklice „*Aeterni Patris*” z 4 VIII 1879 r. zalecił „przywrócenie w szkołach katolickich chrześcijańskiej filozofii zgodnej z umysłem św. Tomasza z Akwinu, doktora anielskiego”. Od tego czasu filozofia św. Tomasza stała się niejako oficjalną filozofią Kościoła (por. B. Dembowski, *Encyklika Aeterni Patris w Polsce*, [w:] *Studia z dziejów myśli św. Tomasza z Akwinu*, pod red. S. Świeżawskiego i J. Czerkawskiego, Lublin 1978, s. 324).

Wspomniane ogólne wskazania wynikające dla takich filozofii z nauki Kościoła będą przedmiotem rozważań w niniejszym artykule.

3. Jeszcze jedna kwestia wymaga wyjaśnienia na wstępie. Podjęcie rozważań o wskazaniach wynikających dla filozofii prawa karnego z nauki Kościoła nie jest żadną próbą narzucenia powszechnie obowiązującemu prawu karnemu chrześcijańskiego systemu wartości. Nie jest więc próbą teokratyzacji prawa czy jego fideizacji.

We współczesnych państwach demokratycznych mówi się o pluralistycznym modelu prawa i społeczeństwa. W modelu tym przyjmuje się wielość grup społecznych o zróżnicowanych interesach i systemach wartości. Zadaniem prawa jest tu godzenie tych różnych interesów i zapobieganie konfliktom bez próby narzucenia woli jednej grupy grupom pozostałym (jak to ma miejsce w modelu konfliktowym)<sup>3</sup>.

Przyjmując model pluralistyczny, trzeba określić i sprecyzować interesy, cele i wartości społeczności chrześcijańskiej. Dopiero wtedy można podjąć dyskusję z innymi grupami społecznymi o kształcie prawa karnego, które ma obowiązywać powszechnie.

## II. Podstawowe założenia katolickiego ustosunkowania się do filozofii prawa karnego

Filozofia prawa karnego, jeśli chce pozostawać w zgodzie z nauką Kościoła, musi uwzględniać kilka podstawowych założeń. Należą do nich bez wątpienia następujące:

1. Uznanie prawa naturalnego, a więc uznanie porządku ustanowionego przez Boga za nadrzędny w stosunku do porządku ludzkiego, a tym samym odrzucenie teorii pozytywizmu prawniczego;
2. Uznanie wolnej woli przestępcy za podstawę odpowiedzialności moralnej i karnej, a zarazem za warunek konieczny do uznania winy;

<sup>3</sup> Por. R.J. Michalowski, *Perspective and Paradigm – Structuring Criminological Thought*, [w:] *Theory in Criminology – Contemporary Views*, R.F. Meier (ed.) Sage Publ. London 1977, s. 24 i n. Por. też L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986, s. 11–15.

3. Uznanie winy za przyczynę kary, czyli – mówiąc inaczej – uznanie kary za konsekwencję winy i dostrzeżenie w niej nie tylko sensu utylitarnego, ale także moralnego i teologicznego;

4. Uznanie godności ludzkiej przestępcy za konsekwencję uznania chrześcijańskiego ujęcia osoby ludzkiej i jej godności.

Ad. 1. Myśl chrześcijańska od samego początku rozróżniała dwa prawa: jedno, które pochodzi od Boga (prawo naturalne), i drugie, które pochodzi od ludzi.

Źródłem chrześcijańskiej koncepcji prawa natury (odmiennej od tej, jaka znana była stoikom)<sup>4</sup>, można się dopatrywać w Nowym Testamencie. Święty Piotr, odpowiadając przed Sanhedrynem na zarzut, że apostołowie nie stosują się do wydanego im zakazu nauczania, odpowiedział, że „bardziej należy słuchać Boga niż ludzi” (Dz 5, 29). Święty Paweł zaś w „Pierwszym liście do Tymoteusza” poucza, że „prawo jest dobre, jeśli je ktoś prawnie stosuje” (1 Tm 1,8).

Wzajemny stosunek prawa Bożego i ludzkiego rozważany był w pierwszych wiekach chrześcijaństwa m.in. przez Orygenesesa (ok. 185–254). Twierdził on, że prawo ludzkie zasługuje na szacunek, gdy nie jest sprzeczne z prawem usankcjonowanym przez Boga. Gdy jest z nim sprzeczne, wówczas z prawa (*nomos*) robi się bezprawie (*anomos*), które chrześcijanin musi odrzucić<sup>5</sup>.

Również święty Augustyn wyróżniał prawo Boskie i ludzkie. To pierwsze było wieczne (*lex aeterna*), doskonale i niezmiennie. Ono wyznaczało granice swobody jednostek i zbiorowości, a tym samym granice praw ludzkich. Te ostatnie muszą być zatem zgodne z prawem Boskim.

<sup>4</sup> Por. K. Grzybowski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1967, s. 93 (autor ten wyraża pogląd, że „stoicka filozofia moralna miała zasadniczy wpływ na chrześcijańskie poglądy na państwo i prawo”).

<sup>5</sup> Por. J. Baszkiewicz, *Średniowieczna myśl polityczno-społeczna*, [w:] *Historia filozofii średniowiecznej*, pod red. J. Legowicza, Warszawa 1979, s. 495.

Prawo ludzkie – w przeciwieństwie do prawa Boskiego – nie jest, zdaniem świętego Augustyna, wieczne, lecz doczesne. Nie jest ono niezmiennie, natomiast jest zmienne w czasie i warunkach<sup>6</sup>.

Również ta koncepcja prawa, jaką przedstawił św. Tomasz, opiera się na podziale prawa na ludzkie i Boskie, przy czym koncepcja ta została przez św. Tomasza rozbudowana. W miejsce bowiem prawa idealnego (Boskiego, naturalnego) wprowadził on *lex aeterna* i *lex naturalis*, a w miejsce prawa ludzkiego (pozytywnego) – prawo pozytywne ludzkie (*lex humana*) i pozytywne, objawione prawo Boskie (*lex Divina*). *Lex aeterna* to Boski rozum rządzący światem. W świecie przyrody objawia się on jako przyczynowe prawa natury. Odczytane i rozpoznane rozumem człowieka nakazy i zakazy *lex aeterna* stanowią treść *lex naturalis*. Część przepisów *lex aeterna* została człowiekowi objawiona przez Boga (np. Dekalog). To objawione prawo Boskie (*lex Divina*) należy więc do prawa pozytywnego obok prawa ustanowionego przez ludzi (*lex humana*). Prawo ludzkie obowiązuje o tyle, o ile zgodne jest z prawem naturalnym i prawem Boskim objawionym<sup>7</sup>.

Aż do początków XIX wieku filozofia prawa na Zachodzie, przy całej swej różnorodności kierunków i szkół, przyjmowała koncepcję prawa natury, czyli założenie, że obok prawa ludzkiego istnieje jeszcze prawo Boskie (naturalne), będące źródłem „prawa ludzkiego i kryterium oceny tego prawa. Założenie to zostało poważnie zakwestionowane dopiero przez tzw. historyczną szkołę prawa (Hugo, Savigny, Puchta), a następnie przez pozytywizm prawniczy. Ten ostatni od początków XX wieku aż po dzień dzisiejszy wywiera bodaj decydujący wpływ na naukę prawa w Polsce.

<sup>6</sup> Por. św. Augustyn, *O porządku*, [w:] Św. Augustyn, *Dialogi filozoficzne I*, Warszawa 1953. Por. też: W. Kornatowski, *Spółeczno-polityczna myśl św. Augustyna*, Warszawa 1965, s. 210–215; M.A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986, s. 73 i n.

<sup>7</sup> Por. J. Lande, *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959, s. 518. Por. też: M.A. Krąpiec, *op. cit.*, s. 72; C. Martyniak, *Obiektywna podstawa prawa według św. Tomasza z Akwinu*, Lublin 1949, s. 39 i n.

Tymczasem pogląd Kościoła jest tu zupełnie jednoznaczny. Już papież Pius IX wśród wytkniętych w „Syllabusie” błędów „naszego wieku” wskazał m.in. także na koncepcję pozytywizmu prawniczego, zaprzeczającą istnieniu prawa naturalnego i lansującą tezę o nieograniczonym uprawnieniu państwa do wydawania praw<sup>8</sup>.

Papież Leon XIII, którego nauczanie w kwestii prawa również odwoływało się do nauki św. Tomasza, w encyklice „*Sapientiae christianae*” określił jako „rozumny nakaz ustanowiony przez legalną władzę dla dobra ogólnego” (co było dosłownym powtórzeniem Tomaszowej definicji prawa). W tej samej encyklice Leon XIII powiedział wyraźnie, że „nie są prawem ani ustawą normy, które są ustanowione bez upoważnienia Bożego i przeciw woli Bożej”. Jednocześnie zwrócił uwagę na to, że zgodność prawa pozytywnego z nakazami prawa naturalnego skuteczniej niż surowość sankcji karnej zapewni mu posłuszeństwo. Posłuszeństwo prawu „oparte bowiem będzie na wyższym motywie”, jakim jest poczucie obowiązku i bojaźń Boża. Tak więc, parafrazując znane powiedzenie Beccarii<sup>9</sup>, można powiedzieć, że nie surowość kar, ale zgodność zakazu prawa pozytywnego z zakazem moralnym jest najlepszą gwarancją posłuszeństwa prawu.

Także papież Pius XII w swej „Allokucji”, nadanej przez Radio watykańskie dnia 24 XII 1942 r., przypomniał władzy państwowej, że oprócz ustanowionego przez nią porządku istnieje jeszcze porządek wieczny. Dlatego też „władza prawdziwie godna tej nazwy zawsze będzie odczuwała pełną troski odpowiedzialność wobec Odwiecznego Sędziego”<sup>10</sup>.

Pius XII, przemawiając do prawników włoskich, przypomniał, że fundamentalnym twierdzeniem katolickiej filozofii prawa jest przy-

---

<sup>8</sup> Syllabus Piusa IX, zawierający trwałe błędy naszego wieku (1864), tezy: 39 i 56.

<sup>9</sup> G. Beccaria, *O przestępstwach i karach* (tł. polskie E.S. Rappaporta), Wyd. Prawn., Warszawa 1959, s. 138 („jednym z najistotniejszych środków powstrzymujących od popełnienia przestępstw jest nie okrucieństwo kar, ale nieuchronność tych kar”).

<sup>10</sup> Cyt. za J.F. Godlewskim, *Katolicka myśl kościelna o prawie i państwie*, Warszawa 1985, s. 170.

jęcie koncepcji prawa naturalnego, które jest nie tylko podstawą prawa ludzkiego, ale także kryterium jego oceny. Papież wyjaśnił też, na czym polega błądność ontologicznej podstawy koncepcji pozytywizmu prawniczego. Potwierdził mianowicie, że „błąd nowoczesnego racjonalizmu polega przede wszystkim na pretensjonalnym usiłowaniu zbudowania systemu praw ludzkich i ogólnej teorii prawa, biorąc za podstawę naturę człowieka jako byt sam w sobie bez jakiegokolwiek odniesienia go do Bytu wyższego, od którego woli stwórczej i porządkującej zależy on w swej istocie i działaniu”<sup>11</sup>.

Mając na myśli zapewne doświadczenia ostatniej wojny i funkcjonowanie prawa w państwach totalitarnych, Pius XII w tym samym przemówieniu powiedział: „Wszyscy wiedzą, w jakim labiryncie nierozwiązywalnych trudności znalazła się współczesna myśl prawnicza [...] i jak prawnik, który dostosował się do kanonów ustanowionych przez tzw. pozytywizm prawniczy, nie wypełnił swego zadania”.

Jak widać, nauczanie papieskie i cała tradycja myśli chrześcijańskiej jednoznacznie opowiada się za teorią prawa natury, a zdecydowanie – przeciw pozytywizmowi prawniczemu.

Ad. 2. Zgodnie z wielowiekową tradycją Kościół naucza, że człowiek ma wolną wolę. Może zatem czynić dobrze lub źle wedle swego wolnego wyboru. Dlatego zaś, że jest wolny, jest odpowiedzialny moralnie i prawnie za swe czyny.

Koncepcja człowieka wyposażonego w wolną wolę jest charakterystyczna dla całej myśli chrześcijańskiej na tle dziejów ludzkości<sup>12</sup>. Była ona akceptowana także przez naukę niechrześcijańską.

<sup>11</sup> Przemówienie Piusa XII do uczestników I Kongresu Narodowego Związku Włoskich Prawników Katolickich w dniu 6 listopada 1949, „Polonia Sacra” 1957, IX, s. 2–3.

<sup>12</sup> Por. W. Granat, *Personalizm chrześcijański – Teologia osoby ludzkiej*, Poznań 1985, s. 94 i n. Por. też: K. Wojtyła, *Wykłady lubelskie, t. 3 (Człowiek i moralność)*, Lublin 1986, s. 44 i n., s. 57 i n.; K. Wojtyła, *Osoba i czyn*, Kraków 1969; M.A. Krąpiec: *Ja – człowiek*, Lublin 1979, s. 217 i n.

Od czasów Oświecenia wolną wolę człowieka zaczęto kwestionować. Postępy nauk przyrodniczych i przyjęty w nich przyczynowo-skutkowy model poznawania i wyjaśniania zjawisk torowały drogę powszechnemu determinizmowi.

Ze zdeterminowaniem człowieka, a przeciw wolnej woli zdawały się świadczyć także ustalenia nowej nauki o przestępcy, jaką była rozwijająca się od ostatniej ćwierci XIX wieku kryminologia. Nauka ta, starając się wyjaśnić w kategoriach przyczynowo-skutkowych fenomen przestępstwa, odkrywała coraz to nowe czynniki determinujące przestępczość i przestępcze zachowanie (czynniki wrodzone, biologiczne, psychologiczne, a także środowiskowe, ekonomiczne itp.).

W tej sytuacji trzeba było znaleźć inną niż dotąd podstawę odpowiedzialności dla zdeterminowanego w swym zachowaniu człowieka, dlatego że przekreślenie wolnej woli przekreślało też klasycznie pojętą odpowiedzialność opartą na winie. Zdawali sobie z tego sprawę filozofowie-determiniści, którzy jak Holbach<sup>13</sup> w XVIII wieku, a Schlick<sup>14</sup> w XX próbowali wykazać, że człowiek dlatego właśnie jest odpowiedzialny, iż jest zdeterminowany.

Deterministyczną wizję człowieka określił też marksizm, wedle którego człowiek jest zdeterminowany przez prawa społeczne i ekonomiczne.

Mogło się wydawać, że koncepcja wolnej woli, przy której obstaje Kościół, jest nie do utrzymania na gruncie współczesnej nauki o człowieku. Jednakże dalszy rozwój nauki, a zwłaszcza psychologii, pokazał, że wizja człowieka całkowicie zdeterminowanego przez środowisko zewnętrzne bądź przez wyposażenie genetyczne jest dziś nie do utrzymania.

Współczesna psychologia, nie kwestionując istnienia całego szeregu czynników oddziałujących motywacyjnie na człowieka, akceptuje

---

<sup>13</sup> P.H. d'Holbach, *System przyrody, czyli prawa świata fizycznego i moralnego* (przeł. polski K. Szaniawskiego), Warszawa 1957, s. 272–276.

<sup>14</sup> M. Schlick, *Zagadnienia etyki* (przeł. polski M. i A. Kawczaków), Warszawa 1960, s. 184–187.



zarazem istnienie wolnej woli. Konceptje skrajnie deterministyczne należą już do przeszłości<sup>15</sup>.

W kryminologii spór o wolną wolę, jaki się zaczął między szkołą klasyczną a szkołą pozytywną, rozstrzygnięty, jak mogłoby się wydawać, definitywnie przed kilkudziesięciu laty, wrócił ostatnio do poprzedniego punktu wyjścia, stając się jednym z najciekawszych sporów we współczesnej kryminologii teoretycznej<sup>16</sup>.

Nie ma więc w kwestii wolnej woli sprzeczności pomiędzy naukami przyrodniczymi a tym, co konsekwentnie od wielu wieków głosi Kościół.

Z przyjęciem wolnej woli wiążą się liczne konsekwencje w zakresie koncepcji ontologicznych zasad odpowiedzialności, winy i kary (por. niżej).

Ad. 3. Mówić o winie człowieka ma sens tylko tam, gdzie uznaje się jego wolną wolę. Jeżeli kwestionowano tę wolną wolę, to tym samym świadomie lub nieświadomie kwestionowano też winę. Enrico Ferri, jeden z „Trójcy wielkich kryminologów” (obok Lombrosa i Garofala), będąc konsekwentnie wierny swym deterministycznym założeniom, skonstruował projekt włoskiego kodeksu karnego z 1921 r., z którego wyeliminował zarówno winę jak i karę<sup>17</sup>. Winę zastąpił „odpowiedzialnością legalną” (człowiek żyjący w społeczeństwie musi ponosić konsekwencje swego zdeterminowanego zachowania, wynikające z potrzeby ochrony tego społeczeństwa), a karę – środkami zabezpieczającymi. Zadaniem prawa karnego, zdaniem Ferriego, nie miało

<sup>15</sup> Por. J. Koziielecki, *Koncepcja transgresyjna człowieka*, Warszawa 1987, s. 388–389.

<sup>16</sup> Por. S. Schafer, *The Problem of Free Will in Criminology*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 1977, vol. 67, nr 4, s. 481–485; D. Glaser, *The Compatibility of Free Will and Determinism in Criminology – Comments on an Alleged Problem*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 1977, vol. 67, nr 4, s. 486–490.

<sup>17</sup> Por. Sellin, *Enrico Ferri*, [w:] *Pioneers in Criminology*, H. Mannheim (ed.), Stevens and Sons Ltd, London 1960, s. 291–293.

być odtąd karanie przestępców (skoro nie byli oni winni dokonania przestępstw), ale ich leczenie, wychowywanie, a w każdym razie izolowanie od społeczeństwa<sup>18</sup>.

Wszystko to było logiczną konsekwencją przyjęcia założenia o pełnym determinizmie czynów ludzkich. Kara bez winy traci sens. Za co karać człowieka, który do swego przestępnego czynu został zmuszony czynnikami determinującymi? Skoro nie było świadomego wyboru zła zamiast dobra, to za co karać? Zaprzeczenie wolnej woli zaprzecza tym samym winę. Musi to także zmienić sens kary i właściwe ustosunkowanie się do niej. Kara na gruncie determinizmu przestaje być zadośćuczynieniem za winę. Traci cały sens moralny. Staje się ona jedynie sposobem zabezpieczenia społeczeństwa przed przestępcą i środkiem do jego ewentualnej reedukacji czy resocjalizacji (jeżeli nie zostanie on uznany za „niepoprawnego”). Przy założeniach skrajnie deterministycznych przestępca przestał być winien temu, że popełnił przestępstwo. „Winnymi” były tu raczej warunki społeczne, środowisko lub też czynniki biologiczno-psychologiczne, a przestępca stał się ich swoistą „ofiara”, którą teraz – bez jej winy, a dla dobra społeczeństwa – trzeba odizolować. Nic więc dziwnego, że w takiej sytuacji dolegliwość kary – traktowanej jako zło konieczne, a przez przestępcę nie zawinione – próbuje się maksymalnie złagodzić, a w szczególności znieść karę śmierci.

Tu leży zatem wyjaśnienie, dlaczego humanizacja prawa karnego, a w szczególności ruch abolicjonistyczny, mają swe źródło główne w myśli laickiej Oświecenia. To właśnie w zaprzeczeniu wolnej woli i przyjęciu determinizmu leży źródło ateistycznej odmiany humanizmu prawa karnego.

Ujęcie chrześcijańskie jest inne. Zakłada ono – jak wiemy – istnienie wolnej woli. Istnienie wolnej woli jest warunkiem koniecznym istnienia winy. Ta ostatnia jest przyczyną kary. Kara ma sens moralny i teologiczny<sup>19</sup>. Jest zadośćuczynieniem za winę. Zadośćuczynieniem danym

---

<sup>18</sup> Por. L. Tyszkiewicz, *Kryminologia – Zarys systemu*, Katowice 1986, s. 28–29.  
Por. też G.B. Vold, *Theoretical Criminology*, N. York 1958, s. 34–35.

<sup>19</sup> Por. J. Woroniecki, *Katolicka etyka wychowania* 11/2, Lublin 1986, s. 377.

oferze bądź jej najbliższemu, zadośćuczynieniem danym społeczeństwu, którego poczucie sprawiedliwości domaga się ukarania przestępstwa<sup>20</sup>. Jest wreszcie zadośćuczynieniem danym Bogu.

Kara jest więc przede wszystkim sprawiedliwą odpłatą za winę. Ta sprawiedliwa odpłata jest w ujęciu chrześcijańskim podstawowym wyznacznikiem surowości kary. Kara może, a nawet powinna wypełniać inne jeszcze funkcje: zabezpieczać społeczeństwo przed przestępcą (czyli realizować tzw. funkcję izolacyjną), resocjalizować przestępcę, pełnić funkcje ogólnie i szczególnie prewencyjne. Wszystkie te funkcje kara może pełnić, ale w granicach wyznaczonych przez sprawiedliwą odpłatę.

Powstaje jednak wątpliwość, co to znaczy, że kara ma być sprawiedliwą odpłatą? Znaczy to tyle, że ma ona być zgodna z powszechnym poczuciem sprawiedliwości, które nie tylko domaga się karania przestępstw, ale wyznacza jeszcze proporcje między ciężarem przestępstwa (zwłaszcza ciężarem winy) i okolicznościami jego popełnienia a należną za nie karą.

Oczywiście to powszechne poczucie sprawiedliwości jest zmienne w czasie i uzależnione od wielu czynników, takich jak panujące obyczaje, warunki życia, kultura prawna społeczeństwa, poziom jego wykształcenia, tradycje itp. Kary, które niegdyś uważano za adekwatne do różnych przestępstw (np. kwalifikowane kary śmierci, chłosta itp.), dziś budzą odrazę, swym okrucieństwem. Być może w przyszłości z taką samą oceną spotkają się kary dzisiaj stosowane. Jedną z dróg poznania powszechnego poczucia sprawiedliwości jest rzetelne badanie opinii społecznej.

Ad. 4. Chrześcijańska wizja człowieka i jego godności, a więc chrześcijański humanizm różni się w sposób zasadniczy od koncepcji humanistycznych mających swe źródło w oświeceniowym czy pozytywistycznym determinizmie. Wedle wizji chrześcijańskiej źródłem godności człowieka jest to, iż jest on dzieckiem Bożym. Jednym

<sup>20</sup> Por. także. Por. też: S. Th. I, q. 48; S. Th II–II, q. 19; S. Th. I–II g. 108; S. Th. I–II, q. 99.

z istotnych składników ludzkiej godności jest wolność woli, pozwalająca człowiekowi na świadome wybieranie między dobrem a złem. Wolność człowieka jest jego przyrodzonym darem.

Nauka Kościoła każe zawsze szanować godność ludzką. Każe traktować człowieka jako obdarzony wolą i rozumem podmiot, a nie jako przedmiot. W świetle tej nauki przestępca jest naszym bliźnim. Jest człowiekiem, osobą ludzką, która ma swoją godność. Popętnienie przez niego najohydniejszej nawet zbrodni nie zmienia tego faktu. Zwrócił na to uwagę we wspomnianym już przemówieniu papież Pius XII. Powiedział on m.in., że „prawdziwy prawnik powinien zawsze widzieć głębię ludzką, w której wina i przestępstwo nie wymażą pieczęci wyciśniętej ręką Stwórcy”<sup>21</sup>. Myśl ta stała się centralną w nauczaniu obecnego papieża Jana Pawła II dotyczącym prawa i wymiaru sprawiedliwości, jako konsekwencja jego koncepcji osoby ludzkiej.

Jest rzeczą znaną, że Jan Paweł II wielokrotnie w czasie swego pontyfikatu odwiedzał więzienia i spotykał się w nich z przestępcami<sup>22</sup>. W czasie jednej z takich wizyt zwrócił się on do więźniów z następującymi słowami: „Każdemu z was chcę powiedzieć, że jest zdolny do dobra, do uczciwości, do pracowitości, każdy z was nosi w sobie te zdolności rzeczywiście i głęboko, choćby nawet istnienia ich nie podejrzewał”<sup>23</sup>. W czasie zaś innej wizyty w więzieniu<sup>24</sup> papież powiedział do więźniów: „Musicie boleć nad złem, jakie wyrządziliście, lecz nie możecie uważać go za fatum [...]. Możecie być jeszcze szczęśliwi. I więźniowie są ludźmi odkupionymi, prawdziwymi braćmi. Czas, jaki muszą przebywać poza społeczeństwem, poza wolnością, niechaj będzie czasem łaski, odrodzenia, odkrycia Boga w Jezusie Chrystusie”.

<sup>21</sup> Przemówienie Piusa XII do uczestników I Kongresu Narodowego Związku Włoskich Prawników Katolickich, *op. cit.*, s. 3.

<sup>22</sup> Por. A. Krempleski, *Papież wśród więźniów*, „Tygodnik Powszechny” z 17 IV 1988 r., nr 16/2025, s. 1 i 4.

<sup>23</sup> Przemówienie papieża Jana Pawła II do więźniów zakładu reedukacyjnego Casa del Mormo we Włoszech z 3 stycznia 1980 r.

<sup>24</sup> Przemówienie do więźniów włoskiego więzienia Rebibbia z 27 XII 1983 r. (przed spotkaniem z Alim Ağcą).

Odwiedzając więźniów, Jan Paweł II manifestuje tym samym swój szacunek dla ich godności ludzkiej. Tej godności, której ani przestępstwo, ani wina nie są w stanie przekreślić całkowicie, a którą sprawiedliwa kara, godnie przyjęta, może całkowicie przywrócić.

Przemawiając na audiencji do prawników włoskich<sup>25</sup>, papież Jan Paweł II powiedział m.in., że przyczyną kryzysu społeczności ludzkiej jest to, iż zarówno w obyczajach, jak i w prawodawstwie zaciemniono godność osoby ludzkiej oraz zlekceważono niezbywalne prawa, które z tej godności logicznie wypływają. Powołując się na konstytucję soborową „*Gaudium et spes*”, Jan Paweł II przypomniiał, że „zasadą, podmiotem i celem wszystkich instytucji społecznych jest i być musi osoba ludzka”. Osoba ludzka jest więc także „zasadą, podmiotem i celem” prawa.

Niedawno J.M. Bocheński w swej głośnej książce „*Sto zabobonów*” przypomniiał, że karząc przestępcę (rozumiejąc przy tym karę jako zadośćuczynienie za winę), uznaje się jego wolność, istotny składnik godności ludzkiej<sup>26</sup>. Ukarany jest podmiotem i podmiotem tym być nie przestaje. Natomiast w ujęciach wynikających z założeń deterministycznych, gdzie karę pozbawia się sensu moralnego i teologicznego, natomiast nadaje się jej sens wyłącznie utylitarny, zaprzecza się wolnej woli przestępcy i tym samym pozbawia go ludzkiej godności. Traktuje się go może łagodnie (mówi się zwykle: „humanitarnie”), ale *de facto* traktuje się go jak przedmiot: czyni się go przedmiotem izolacji, przedmiotem zabiegów resocjalizacyjnych i tylko w tym działaniu widzi się sens kary.

Uznanie ludzkiej godności przestępcy związane jest zatem nierozdzielnie z uznaniem jego wolnej woli, z uznaniem winy za przyczynę kary, a kary za zadośćuczynienie za winę.

<sup>25</sup> Przemówienie papieża Jana Pawła II na audiencji w dniu 7 XII 1979 r. do uczestników XXX Zjazdu Naukowego Unii Katolickich Prawników Włoskich, „*L'Osservatore Romano*” z 8 XII 1979 r.

<sup>26</sup> J.M. Bocheński, *Sto zabobonów – Krótki filozoficzny słownik zabobonów*, Paryż 1987, s. 55.

Z uznania tej godności wynika zakaz stosowania kar szczególnie okrutnych i hańbiących. Kary, ich rodzaje i sposób wykonywania nie mogą być uwłaczające godności ludzkiej przestępcy według obowiązujących obecnie kryteriów i odczuć.

### III. Prawo karne a miłosierdzie

Może zrodzić się wątpliwość, czy Ewangelia, głosząc nakaz miłości bliźniego (w tym także miłości nieprzyjaciół), nie zabrania w ogóle karania? Czyż można karać, skoro ma się obowiązek „niestawiania oporu złemu”? Czyż Chrystus nie powiedział, że przyszedł „więzionym przepowiadać wolność”? Jak więc karać a jednocześnie miłować? Jak pogodzić sprawiedliwość („błogosławieni, którzy łakną i pragną sprawiedliwości”, Mt 5, 6) z miłosierdziem?

Poszukując odpowiedzi na powyższe pytania, przytacza się zazwyczaj słowa Jezusa wypowiedziane w Kazaniu na Górze (Mt 5, 36): „Słyszeliście, że powiedziano »oko za oko, ząb za ząb«. A ja wam powiadam, nie stawiajcie oporu złemu. Lecz jeśli cię kto uderzy w prawy policzek, nadstaw mu i drugi. Temu, kto się chce prawować z tobą i wziąć twoją szatę, odstąp i płaszcz. Zmusza cię kto, żeby iść z nim tysiąc kroków, idź dwa tysiące” (Mt 5, 38–41). Jednakże interpretacja tych słów nie jest możliwa w oderwaniu od tego, co Chrystus powiedział bezpośrednio przedtem, a co ze słowami wyżej przytoczonymi stanowi integralną całość: „Nie sądzicie, że przyszedłem znieść Prawo albo Proroków. Nie przyszedłem znieść, ale wypełnić. Zaprawdę bowiem powiadam wam: dopóki niebo i ziemia nie przeminą, ani jedna jota, ani jedna kreska nie zmieni się w Prawie, aż się wszystko spełni” (Mt 5, 17–18). Jak te dwie wypowiedzi pogodzić ze sobą?

Bibliści są zgodni co do tego, że Stare Prawo zostało tu poszerzone o nowy wymiar, jakim jest zasada miłości Boga i bliźniego<sup>27</sup>. Chrystus,

<sup>27</sup> Por. M. Peter, *Spór o Dekalog*, „W Drodze” 1982, nr 9 (109), s. 27. Por. też: S. Mędała, *Dekalog na tle ówczesnych stosunków społecznych*, [w:] *Bóg – Dekalog – Błogosławieństwo – Modlitwa*, pod red. A. Świącickiego, Kraków 1997, s. 106.

łącząc w jednej osobie Bóstwo i człowieczeństwo, w jeden akt zespała miłość Boga i miłość bliźniego<sup>28</sup>. W Kazaniu na Górze Jezus kreśli pewien ideał, do którego powinno się dążyć. Podaje ideę, ducha prawa, a nie samo prawo. Langkammer<sup>29</sup> twierdzi, że w Kazaniu na Górze Chrystus sformułował postulaty etyczne, a nie prawo. Również Feuillet<sup>30</sup> pisze, że nie ulega żadnej wątpliwości, iż nie jest żadnym prawnym nakazem zalecenie nadstawienia drugiego policzka po otrzymaniu uderzenia w twarz. Nawet sam Chrystus tego nie uczynił (J 18, 23). Mówiąc o nadstawieniu drugiego policzka, Jezus nie wypowiadał nowego nakazu prawa ani też nie dawał praktycznej wskazówki postępowania. Kreślił jedynie wzór doskonałości, a nie powszechnie obowiązującą normę postępowania. Głosząc Nowy Zakon, a nie odwołując Starego, Chrystus adresował go do ludzi, do jednostek. Wszystkie zalecenia, takie jak niestawianie oporu złemu, nadstawianie drugiego policzka itd., adresowane są do osób prywatnych<sup>31</sup> i ukazują głębię możliwego miłosierdzia. Nie są to zalecenia kierowane do instytucji czy organów państwa. Inna interpretacja prowadziła do absurdu.

Człowiek uderzony w twarz może nadstawić drugi policzek, ale obowiązkiem władzy jest reagować i wymierzyć sprawiedliwość.

W ujęciu nowotestamentowym karanie staje się wymierzaniem sprawiedliwości, przestając być osobistą zemstą, osobistym odwetem (choćby nawet proporcjonalnym w myśl *ius talionis*). Osobisty odwet, zemsta – stają się teraz niedozwolone, są grzechem. Karanie przestaje być też dozwolone jako spontaniczny odruch ludu. Za taką interpretacją zdaje się przemawiać scena z cudzołożnicą (J 8, 7), którą lud chce – zgodnie ze Starym Prawem – kamienować. Chrystus powstrzymuje go nie przez unieważnienie przepisu Starego Prawa, ale

<sup>28</sup> S. Mędała, *op. cit.*, s. 106.

<sup>29</sup> H. Langkammer, *Etyka Nowego Testamentu*, Wrocław 1985, s. 110.

<sup>30</sup> A. Feuillet, *Dwa aspekty sprawiedliwości w Kazaniu na Górze*, „Communio” 1981, rok I, nr 1–2, s. 69.

<sup>31</sup> Por. *Ewangelia według św. Mateusza* – wstęp, przekład, komentarz w oprac. ks. J. Homerskiego, Poznań–Warszawa 1979, s. 140.

przez odwołanie się do sumienia każdego pojedynczego człowieka z tłumu<sup>32</sup>.

Tłumacząc więźniom słowa Chrystusa o przepowiadaniu więzionym wolności, papież Jan Paweł II powiedział: „Dobra Nowina, którą Jezus przyniósł ludziom, obejmuje również uwolnienie więźniów [...] jaki jest sens tych słów? Czyż odnosić się mają do struktury więziennej w jej bezpośrednim znaczeniu, tak jakby Chrystus przyszedł po to, by znieść więzienia i wszystkie inne formy zakładów karnych? W pewnym sensie tak jest, ponieważ w końcowej fazie Odkupienie zmierza do przezwyciężenia wszystkich konsekwencji ludzkiej nędzy i grzechu. W »niebie nowym« i »nowej ziemi«, które drugie przybycie Chrystusa zapoczątkuje u końca czasów, nie będzie już więzień [...]. Ale i teraz, na tej ziemi i pod tym niebem słowa Pana odnosiły i odnoszą skutek w stosunku do instytucji więzienia, takiej, jaką ludzie wymyślili i wprowadzili w życie. Któż bowiem nie zna dobroczynnej roli, jaką na przestrzeni dziejów odegrało ewangeliczne orędzie w działaniach na rzecz poszanowania godności ludzkiej więźnia”<sup>33</sup>. Nie ma prawa wymierzania sobie sprawiedliwości pojedynczy człowiek, nie ma prawa karania tłum. Takie prawo ma jednak legalna władza. To nie kwestionowane prawo do karania przysługujące legalnej władzy nazywa się czasem „prawem miecza” (*ius gladii*), a wywodzi się ze słów św. Pawła z Listu do Rzymian, w którym zawarta została przestroga, że jeśli czyni się źle, to należy obawiać się władzy, „która nie na próżno nosi miecz” (Rz 13, 4). Toteż w myśl prawa karać trzeba na ziemi przestępców, czyli

<sup>32</sup> Na przepisy Starego Prawa trzeba patrzeć w kontekście historycznym. Gdy Bóg dyktował Mojżeszowi prawo (Wj 20, 22; Wj 21, 1) w tym regułę *ius talionis*, lud wybrany nie miał jeszcze swojego państwa. Mówi się o tym okresie jako o okresie przedpaństwowej egzystencji Izraela. Tak więc w tym czasie przepisy prawa odnosiły się wprost do ludu, który sam musiał je egzekwować. W czasach Chrystusa społeczeństwa są już zorganizowane w państwa dysponujące aparatem władzy. Por. G. von Rad, *Teologia Starego Testamentu*, Warszawa 1986, s. 37. Por. też: S. Mędała, *op. cit.*, s. 87 i n.

<sup>33</sup> Przemówienie papieża Jana Pawła II do więźniów rzymskiego więzienia Rebibbia, *op. cit.*



tych, którzy popełniają czyny zakazane, „sprzeczne ze zdrową nauką w duchu Ewangelii” (1 Tm 1, 9–11).

Postulat etyczny wybaczenia przestępcy adresowany jest do ofiar tak bezpośrednich, jak i pośrednich. Jest adresowany do tych wszystkich, którzy zostali w jakiś sposób pokrzywdzeni przez przestępstwo i przestępcę. Wybaczenie jest sprawą ich sumienia i ich miłosierdzia. Sąd nie może ich wyręczać i czynić tego za nich, wybaczać w ich imieniu. Sąd jednak musi być bezstronny i obiektywny, tak aby wymierzając sprawiedliwość, sędziowie nie realizowali swej osobistej zemsty, swojego osobistego odwetu. Muszą oni, patrząc na podsądnego, dostrzegać w nim bliźniego. Jest on podmiotem, a nie przedmiotem. Mają moralny obowiązek uszanowania godności ludzkiej przestępcy. Nie musi, to jednak wcale być jednoznaczne – jak czasami się sądzi – z łagodnym potraktowaniem. Wymierzając sprawiedliwą karę po bezstronnie i rzetelnie przeprowadzonym procesie, uwzględniającym wszystkie okoliczności łagodzące i obciążające, i stosując legalnie uchwalone prawo, nie uchybia się godności ludzkiej przestępcy.

#### IV. Norma „nie zabijaj” a kara śmierci

W licznych ostatnio rozważaniach na temat kary śmierci często podnosi się argument, że kara śmierci pozostaje w kolizji z przykazaniem „nie zabijaj”. Wywodzi się więc czasem na tej podstawie, że kara śmierci jest niezgodna z etyką chrześcijańską. Czy rzeczywiście tak jest?<sup>34</sup>

W zawartych w Starym Testamencie zbiorach prawa izraelskiego, którego Dekalog jest częścią najważniejszą, kara śmierci przewidziana była za cały szereg czynów: apostazję i bałwochwalstwo (Pwt 13, 6–10; Wj 22, 20), bluźnierstwo (Kpł 24, 11), naruszenie szabasu (Wj 31, 14; Wj 35, 2; Lb 15, 32–36), czynne znieważenie rodziców (Wj 21, 15, 17), zabójstwo (Wj 21, 12–14; Lb 35, 33; Rdz 9, 6), cudzołóstwo (Kpł 20,

<sup>34</sup> Por. M. Peter, *op. cit.*, s. 71. Por. też: R. Otowicz, *Kara śmierci – problem wciąż aktualny*, „Przegląd Powszechny” 1988, nr 1, s. 39.

10; Pwt 22, 20), fałszywe zeznania, krzywoprzysięstwo (Pwt 19, 18–20), pożądanie majątku bliźniego (Wj 22, 1–30). Teologiczne uzasadnienie kary śmierci za zabójstwo zostało podane w Księdze Rodzaju: „Jeżeli kto przeleje krew ludzką, przez ludzi ma być przelana krew jego, bo człowiek został stworzony na wyobrażenie Boga” (Rdz 9, 6).

Jak z tego widać, norma „nie zabijaj” nie była w czasach starotestamentowych traktowana jako bezwyjątkowa. Wyjątkiem od tej zasady była nie tylko kara śmierci, ale także zabicie na wojnie (por. np. Lb 21, 14, Iz 8)<sup>35</sup>.

W biblistyce rozpatrywana była nawet hipoteza, że Dekalog zawiera tylko te przekroczenia prawa, które w Izraelu karane były śmiercią<sup>36</sup>.

Za interpretacją, że piąte (lub wedle niektórych redakcji – szóste) przykazanie<sup>37</sup> zakazuje jedynie niesprawiedliwego zabijania niewinnego człowieka lub nawet winowajcy (ale według prywatnego osądu), przemawiają także argumenty filologiczne. W przykazaniu tym użyte jest hebrajskie słowo „racach”, które znaczy „zabić niewinnego człowieka lub osobistego wroga”. W tym znaczeniu słowo to występuje w Biblii 46 razy<sup>38</sup>. Gdy chodzi o zabicie napastnika lub nieprzyjaciela na wojnie albo o wykonanie wyroku śmierci, to Biblia posługuje się słowem „harag” (w tym znaczeniu używa go 165 razy) lub słowem „hemit” (występuje ono w tym znaczeniu w Biblii aż 201 razy)<sup>39</sup>.

Tak więc nie tylko interpretacja systemowa, ale także filologiczna prowadzi do wniosku, że Dekalog nie zakazuje bezwzględnie pozbawienia

---

<sup>35</sup> Na ten temat por. szerzej K.H. Schelkle, *Teologia Nowego Testamentu*, t. 3: *Etos*, Kraków 1984, s. 218 i n.

<sup>36</sup> Por. E. Hamel, *Les dix paroles*, Montreal 1969 (cyt. za M. Peterem, *op. cit.*, s. 70).

<sup>37</sup> Por. S. Łach, *Rekonstrukcja pierwotnego Dekalogu*, „Ruch Biblijny i Liturgiczny” 1952, t. V, nr 1, s. 296–311. Por. J. Paściak, *Dziesięć słów Boga*, [w:] D. von Hildebrand, J.A. Kłoczowski, J. Paściak, J. Tischner, *Wobec wartości*, Poznań 1984, s. 172.

<sup>38</sup> Por. tamże.

<sup>39</sup> Por. np. *Good News Biblie – Today English Version*, London 1979, s. 81.

życia (zabijania), a tylko takiego zabijania, które wedle współczesnego języka nazwalibyśmy morderstwem. Warto dodać, że we wszystkich polskich przekładach Biblii V przykazanie brzmi: „nie zabijaj”. Natomiast w nowszych przekładach Biblii na język angielski<sup>40</sup> przykazanie to brzmi: *Do not commit murder* (nie popełniaj morderstwa).

Jak więc widać, częste dziś uzasadnienie niedopuszczalności kary śmierci zakazem Dekalogu oparte jest w dużej mierze na nieporozumieniu<sup>41</sup>. Oczywiście przeciwko karze śmierci wysuwane są także inne argumenty, które tu rozważane nie będą.

Nie wdając się w szczegółowe rozważania na temat kary śmierci, powiedzmy tyle tylko, że jeżeli uznaje się chrześcijańską koncepcję kary, jeżeli dostrzega się jej sens teologiczny i moralny, to w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że kara ta tak długo ma prawo egzystować w kodeksie, dopóki w społecznym odczuciu będzie sprawiedliwą odpłatą za niektóre zbrodnie. W jednej z najnowszych prac na ten temat<sup>42</sup> ks. R. Otowicz napisał: „Można aprobować z etycznego punktu widzenia zarówno opinię, że kara śmierci jest do pogodzenia z duchem Ewangelii, jak i dążenie do jej zniesienia, przy zachowaniu należytego

<sup>40</sup> Trzeba zaznaczyć, że w języku angielskim słowo *kill* (zabójstwo) znaczy każde pozbawienie życia i nie zawiera *implicite* oceny moralnej tego czynu, nie określa ofiary (może nią być zarówno człowiek, jak i zwierzę), intencji zabijającego itp. Natomiast słowo *murder* (morderstwo) znaczy nielegalne (*unlawful*) zabicie człowieka przez innego człowieka, dokonane ze złą wolą, premedytacją itp.

<sup>41</sup> Por. na ten temat szerzej: J. Woroniecki, *op. cit.*, s. 374 i n.; T. Ślipko, *Etyczne problemy kary śmierci*, „Kościół i Prawo” (w druku); T. Ślipko, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 2, Kraków 1982, s. 302–305; R. Otowicz, *Kara śmierci – problem wciąż aktualny*, „Przegląd Powszechny” 1988, nr 1, s. 49; K.H. Schelkle, *op. cit.*, s. 217–218. Zastanawiające jest to, że większość prawników i publicystów katolickich zabierających ostatnio głos przeciw karze śmierci zupełnie pomija sens teologiczny i moralny kary, ograniczając się do jej uzasadnień utilitarnych.

<sup>42</sup> *Kara śmierci – problem wciąż aktualny*, „Przegląd Powszechny” 1988, nr 1, s. 49.

szacunku dla tradycji chrześcijańskiej i nauki Kościoła”. Historia przekonuje, że zmienne, falujące, poddane grawitacji różnych czynników (także emocjonalnych) odczucia społeczne ewoluują tu jednak stale i zdecydowanie w jednym kierunku. W XX wieku liczba przestępstw, dla których za sprawiedliwą karę uważana jest kara śmierci, jest zdecydowanie mniejsza niż w poprzednich stuleciach. Nawet obserwacje ostatnich lat ukazują, że liczba zbrodni, za które sprawiedliwą odpłatą wydaje się być kara śmierci, zmalała – jeśli nie liczyć zbrodni ludobójstwa – praktycznie do dwóch: do szczególnie okrutnego morderstwa oraz do aktu terroru prowadzącego do śmierci niewinnych ludzi. Tylko w takim zakresie skłonni są uznać karę śmierci za sprawiedliwą zarówno etycy katoliccy<sup>43</sup>, jak i – rzecz ciekawa – polska opinia publiczna<sup>44</sup>.

Najprawdopodobniej w przyszłości – jeśli wspomniany kierunek ewolucji poczucia sprawiedliwości się utrzyma – kara śmierci przestanie być uważana za sprawiedliwą odpłatę i wówczas z aprobatą społeczną zostanie skreślona z katalogu kar. Tymczasem zgłaszane przez bardziej niecierpliwych abolicjonistów<sup>45</sup> pretensje pod adre-

<sup>43</sup> Por. T. Ślipko, *Etyczne problemy kary śmierci*, op. cit., s. 305.

Według przeprowadzonych w roku ubiegłym badań CBOS – za utrzymaniem kary śmierci wypowiedziało się 60% badanych, przeciw – 27,8%. Reszta nie ma w tej kwestii sprecyzowanego zdania.

<sup>44</sup> Spośród tych, którzy opowiedzieli się za utrzymaniem kary śmierci, aż 92,2% uważa, że na karę taką zasługują najcięższe: przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu (morderstwo, napad bandycki). Tylko nieznaczny odsetek badanych opowiedział się za możliwością wymierzenia takiej kary za przestępstwa przeciwko państwu (za zdradę ojczyzny, szpiegostwo – 8,6%), zupełnie zaś znikomy odsetek jest zdania, że karę taką można by wymierzać za udział w aferach gospodarczych (4,3%). Dane te zostały opublikowane w „Gazecie Prawniczej”, nr 8 (573) z 16 IV 1988 r.

<sup>45</sup> K. Poklewski-Koziell (*Wokół postulatów zniesienia kary śmierci w Polsce*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 2) pisze: „[...] dlaczego Kościół katolicki mimo interweniowania w indywidualnych przypadkach na rzecz zapobieżenia przewidywanej egzekucji, nie opowiada się generalnie przeciwko karze śmierci? [...] upoważnia to w szczególności polskich abolicjonistów

sem Kościoła, że nie podzielił dotychczas ich poglądów i nie poparł jednoznacznie zabiegów o zniesienie kary śmierci, wydają się nieuzasadnione\*.

Kościół jest przeciw każdej niepotrzebnej śmierci. Kościół każdej niepotrzebnej śmierci chce zapobiec. Wynika to z samej istoty Kościoła. Chce więc także zapobiec tym śmierciom, które zadane są z mocy wyroku sądowego. Ale chce im zapobiegać w sposób najrozsądniejszy. Nie przez uchylanie skutku, co jest względnie łatwe, ale przez uchylanie przyczyn. Dlatego też zakazuje mordowania, zakazuje aktów terroru, potępia przemoc i uczy żyć wedle przykazań. Kto zaś żyje wedle przykazań, ten nie musi obawiać się sprawiedliwego, choćby nawet surowego prawa. Jeśli ludzie żyliby zgodnie z nauką Kościoła, to kara śmierci – choćby nawet przewidziana była przez kodeks – nie byłaby stosowana. Kościół uczy tego od blisko 2 tysięcy lat. Święty Paweł w cytowanym już liście do Rzymian pisał: „A chcesz nie bać się władzy? – Czyń dobrze [...] jeżeli jednak czynisz źle, lękaj się, bo nie na próżno nosi miecz. Jest bowiem narzędziem

---

do «dopominania się» o głos Kościoła na rzecz reprezentowanej przez nich idei [...]. Myślę, że jasne wypowiedzenie się Kościoła przeciwko karze śmierci byłoby aktem ułatwiającym – zgodnie z zalecaną wierzącym cnotą skruchy po wyznaniu grzechów – odgrodzenie się od czynów obciążających niezatartym brzemieniem historię Kościoła”. Ten sam autor na łamach „Przeglądu Katolickiego” (nr 2/186 z 10.01.1988 r., s. 6) wyraził „smutne zdziwienie z powodu postawy pasywnej w tym przedmiocie [tj. w przedmiocie walki o zniesienie kary śmierci – przyp. mój *J.W.*] zajmowanej przez Kościół”. W delikatniejszej formie o zajęcie przez Kościół stanowiska przeciwko karze śmierci dopomina się także w kilku publikacjach A. Grześkowiak.

\* Adwokatura od lat konsekwentnie i uporczywie wypowiada się przeciwko karze śmierci, co można ustalić również śledząc uważnie publikacje na łamach „Palestry”. Będzie to ona czynić nadal. Należy dodać, że artykuł niniejszy został złożony w Redakcji przed 20 VIII 1989 r., kiedy to prasa codzienna doniosła o inicjatywie uchwalenia 5-letniego moratorium, a nawet zniesienia kary śmierci [przypis redakcji „Palestry” z 1989 r.].

Boga do wymierzania sprawiedliwej kary temu, który źle czyni” (Rz 13, 1–7).

Kościół, mając inne od władzy państwowej (i wszelkiej innej władzy ziemskiej) zadania, nie ma obowiązku wypowiedzania się w kwestii szczegółowych rozwiązań prawa pozytywnego, jeśli nie są one jawnie sprzeczne z nakazami prawa naturalnego.

Nie ulega też chyba wątpliwości – przyznają to nawet ludzie Kościołowi niechętni – że chrześcijańska nauka miłości bliźniego łagodzi obyczaje. Jednym z efektów tej wytrwale od wieków głoszonej nauki jest również to, że maleje liczba rodzajów zbrodni, za które społeczeństwa sprawiedliwą odpłatę widzą w karze śmierci.

Gdyby kara śmierci została kiedyś zniesiona legalnie, a więc zgodnie z wolą społeczeństwa i jego poczuciem sprawiedliwości, Kościół, ze swej istoty przeciwny wszelkiej przemocy, przyjąłby to niewątpliwie z radością.

\* \* \*

## Postscriptum

Artykuł ten ukazał się 26 lat temu. Jak wynika z metryczki, został oddany do druku w maju 1989 r., a druk ukończono w październiku tegoż roku. Przypominając daty z historii, oddany był do druku jeszcze w PRL, choć już po Okrągłym Stole. Ukazał się już po wyborach do Sejmu kontraktowego, gdy w Polsce był już niekomunistyczny rząd Tadeusza Mazowieckiego. Pisany więc był w przededniu odzyskania przez Polskę pełnej suwerenności, na fali przekonań, że wreszcie Polacy po raz pierwszy od bardzo wielu lat będą mogli w Polsce urządzać się sami. Był głosem w dyskusji, teraz już wolnej, nieskrępowanej cenzurą ani ostrożnością redaktorów.

Transformacja ustrojowa zapoczątkowana w 1989 r. dotyczyła wielu dziedzin życia – także systemu obowiązującego w Polsce prawa.

Ważnym segmentem wymagającego zmiany systemu prawnego było prawo karne. Nic też dziwnego, że toczyły się dyskusje i spory o jego przyszły kształt, o podstawy filozoficzne i realizowaną aksjologię. Nie deprecjonując dorobku nauki polskiego prawa karnego z okresu PRL-u, pamiętać trzeba, że nie było wtedy warunków do swobodnej, wolnej dyskusji. Nie było szans na jawne zakwestionowanie klasowego, w marksistowskim rozumieniu słowa klasa, prawa karnego, na konstruowanie systemu tego prawa w oparciu o filozofię jawnie inną niż marksistowska, nie mówiąc już o filozofii chrześcijańskiej. Nieśmiałe próby popularyzacji przez Leona Tyszkiewicza<sup>1</sup> idei ruchu obrony społecznej nie wykroczyły poza granice naukowej seminaryjnej dyskusji w wąskim gronie karnistów, nie budząc ani większego zainteresowania, ani niepokoju władz.

Każdy kodeks karny z zasady – lepiej lub gorzej – wyraża i realizuje jakąś filozofię prawa karnego, a czasem lepszy lub gorszy kompromis między różnymi filozofiami. Z pewnym uproszczeniem można przyjąć, że obowiązujący w 1989 r. kodeks karny z 1969 r. odzwierciedlał kompromis między panującym w polskiej nauce prawa karnego od okresu międzywojennego pozytywizmem a narzuconym marksizmem.

Od końca lat 70. znajomość popularnego na Zachodzie w kryminologii i filozofii prawa karnego nurtu antypozytywistycznego w postaci rozmaitych odmian kryminologii radykalnej stawiała się coraz powszechniejsza i kusząca swoją nowością i antysystemowością. W roku 1986 ukazała się znakomita książka Lecha Falandysza *W kręgu kryminologii radykalnej*<sup>2</sup>.

Artykuł *Filozofia prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła* z założenia miał być jedynie głosem w rozpoczynającej się wówczas swobodnej dyskusji o podstawach prawa karnego w wolnej, demokratycznej Polsce. Był próbą zreferowania jednego z możliwych stanowisk. Nigdy nie twierdziłem, że prezentowane w tym artykule stanowisko jest

<sup>1</sup> L. Tyszkiewicz, *Doktryny i ruch „Obrony społecznej” we współczesnym prawie karnym*, Poznań 1968.

<sup>2</sup> L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986.

jedynie słuszne, że powinno stać się obowiązujące. Co więcej, nie twierdziłem nawet, że jest to stanowisko z którym w pełni, bezkrytycznie się zgadzam i identyfikuję. We wstępie do artykułu zazaczyłem wyraźnie, że jest on „próbą uporządkowania filozoficznych podstaw prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła katolickiego”. Dodałem też, że „prezentowane w artykule ustosunkowanie się do zagadnienia nie jest jedynym możliwym. Jest ono tylko przedstawieniem jednej z możliwych koncepcji”. Dodatkowo w treści artykułu pisałem, że „podjęcie rozważań o wskazaniach wynikających dla filozofii prawa karnego z nauki Kościoła nie jest żadną próbą narzucenia powszechnie obowiązującemu prawu karnemu chrześcijańskiego systemu wartości”. Przyjmo wałem, że społeczeństwo polskie jest pluralistyczne, o zróżnicowanych interesach i systemach wartości, a zadaniem prawa karnego jest godzenie tych interesów i zapobieganie konfliktom bez próby narzucenia woli jednej z grup pozostałym grupom. Zakładałem, że sprecyzowanie interesów, celów i wartości społeczności chrześcijańskiej jest dopiero wstępem do dyskusji z innymi grupami społecznymi o kształcie prawa karnego, które ma obowiązywać powszechnie.

Mówiąc o specyficznym klimacie dyskusji podejmowanych w 1989 r., trzeba też uwzględnić i to, że Kościół polski lat 80. XX w. był Kościołem innym niż dziś. Był Kościołem otwartym, powszechnie postrzeganym jako sojusznik w walce z systemem totalitarnym, sojusznik w walce o wolność, także wolność słowa i poglądów. Prezentowanie filozofii prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła sam ówczesny Kościół uznawał za propozycję, za głos w dyskusji toczącej się w pluralistycznym społeczeństwie. Dziś Kościół w Polsce jest inny. Dziś żąda przyjęcia swej nauki w aktualnym jej wydaniu jako jedynie słusznej i raz po raz domaga się dostosowania praw państwowych do swego nauczania. Tego w roku 1989 jeszcze nie było i tylko nieliczni obawiali się, że tak może być w przyszłości. Przyznaję samokrytycznie, że do tych nielicznych nie należałem. Polskie społeczeństwo postrzegałem jako pluralistyczne, a prawo karne miało być wyrazem kompromisu między różnymi opcjami i światopoglądami.



Od napisania tego artykułu minęło ponad ćwierćwiecze. Dużo się w tym czasie zmieniło. Oprócz wspomnianej zmiany postawy polskiego Kościoła, miało miejsce wiele istotnych zdarzeń, które w dziś toczonej debacie o celu i sensie prawa karnego należy uwzględnić. Paradoksalnie, ale zmieniło się także, w szczególności w zakresie kary śmierci, stanowisko Kościoła Powszechnego, o czym będzie jeszcze mowa.

26 listopada 1991 r. Polska podpisała Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, co było warunkiem przystąpienia do Rady Europy. Konwencja została ratyfikowana 19 stycznia 1993 r.

26 lipca 1994 r. Polska ratyfikowała protokoły nr 1 i 4 do Konwencji, a 18 października 2000 r. ratyfikowała protokół nr 6 z 28 kwietnia 1983 r., wprowadzający zakaz orzekania i wykonywania kary śmierci w czasie pokoju. 27 sierpnia 2013 r. Polska ratyfikowała protokół nr 13 z 3 maja 2002 r., dotyczący zniesienia kary śmierci bez względu na okoliczności, a więc także w czasie wojny.

Od 1 maja 2004 r. Polska jest członkiem Unii Europejskiej, dobrowolnego związku państw akceptujących te same wartości cywilizacyjne. W żadnym z państw członkowskich Unii Europejskiej nie ma kary śmierci.

Jak wspomniano, po roku 1989, a więc już po ukazaniu się artykułu, doprecyzowało się stanowisko Kościoła w zakresie jego stosunku do kary śmierci. Wprawdzie podpisany w 1992 r. przez Jana Pawła II Katechizm Kościoła katolickiego dopuszcza wyjątkowo możliwość stosowania kary śmierci<sup>3</sup>, ale sam papież jednoznacznie wypowiadał się przeciwko jej stosowaniu. W encyklice *Evangelium Vitae*, podpisanej 25 marca 1995 r. pisał, że nie godzi się nawet dla osiągnięcia niewątpliwie dobrego celu, jakim jest zapewnienie spokoju i bezpieczeństwa porządnej części społeczeństwa, posługiwać się złym środkiem, jakim jest pozbawienie życia człowieka. W tejże encyklice Jan Paweł II stwierdził wyraźnie, w odniesieniu do kary śmierci, że „Bóg jest jedynym Panem życia i dlatego człowiek nie może nim rozporządzać”.

<sup>3</sup> Katechizm Kościoła katolickiego, Poznań 1994.

W orędziu na Boże Narodzenie w 1998 r. Jan Paweł II zaapelował do państw i narodów o zniesienie kary śmierci i niewykonywanie orzeczonych już wyroków śmierci.

Ostatnio, 21 lutego 2016 r., papież Franciszek podczas niedzielnej modlitwy Anioł Pański apelował do sumienia rządzących, „aby osiągnięto międzynarodowe porozumienie w sprawie zniesienia kary śmierci”, dodając, że „nawet przestępca ma nienaruszalne prawo do życia, będącego darem Boga”<sup>4</sup>.

Bardzo interesująco przedstawia się wyrażone w Katechizmie stanowisko Kościoła w sprawie kary śmierci i kary kryminalnej w ogólności. Uwagi na temat kary śmierci zawarte są w ustępie dotyczącym „uprawnionej obrony”, a sama kara śmierci postawiona jest na jednej płaszczyźnie z obroną konieczną, właściwie jako jej szczególny przypadek. Przy obronie koniecznej, zdaniem Katechizmu, użycie siły większej niż potrzeba jest niegodziwe. Co ciekawe, uzasadniając karę kryminalną, Katechizm nie ucieka się do uzasadnień teologicznych. Owszem, uznaje, że jednym z celów kary kryminalnej jest naprawienie porządku naruszonego przez przestępstwo i w tym zakresie kara ma niewątpliwie sens metafizyczny, ale równocześnie jej celem jest ochrona porządku publicznego i bezpieczeństwa ludzi, a także w miarę możliwości poprawienie przestępcy – a więc cele jak najbardziej utylitarne. Samo zaś wspomniane wyżej umieszczenie rozważań na temat kary w ustępie o „uprawnionej obronie”, cel utylitarny wysuwa na plan pierwszy. We wspomnianym wystąpieniu na Anioł Pański, papież Franciszek rozwija tę myśl:

problem musi być postrzegany w kontekście systemu sprawiedliwości karnej, która powinna coraz bardziej odpowiadać godności ludzkiej i Bożemu planowi dla człowieka i społeczeństwa, a także sprawiedliwości karnej otwartej na nadzieję, że uda się resocjalizacja skazanych.

---

<sup>4</sup> *Papież Franciszek na Anioł Pański 21 lutego 2016*, Wiara.pl. Serwis papieski, [http://papiez.wiara.pl/doc\\_pr/2986742.Doswiadczenie-przemienienia-i-prorocze-swiatlo-zmartwychwstania](http://papiez.wiara.pl/doc_pr/2986742.Doswiadczenie-przemienienia-i-prorocze-swiatlo-zmartwychwstania) [dostęp: 13.03.2016].

Jak widać, metafizyczny sens kary został tu na nowo odczytany. Jest nią nadzieja na resocjalizację. Bez tej nadziei, kara sens metafizyczny traci.

Warto o tym pamiętać w sytuacji, gdy cywilizacja zachodnia zmierzyć się musi z coraz bardziej bezwzględny terroryzmem islamskim, co siłą rzeczy stwarza klimat i rodzi pokusę zaostrzania kar kryminalnych i wprowadzenia na powrót do kodeksów karnych państw europejskich kary śmierci. Nie ulega wątpliwości, że prawica europejska, w tym polska, będzie próbowała wykorzystać ten klimat do realizacji swoich stałych postulatów.

W Polsce znaczna część prawicowych polityków i publicystów sprzeciwiała się rezygnacji z kary śmierci, a później domagała się jej przywrócenia. Również znaczna część polskiej opinii publicznej (według badań regularnie ponad 60%), niepomna nauczania uwielbianego podobno w Polsce, ale na pewno niesłuchanego Papieża-Polaka, zawsze opowiadała się za karą śmierci, błędnie wierząc, że surowość kar stanowi skuteczne remedium na przestępczość, jest skutecznym środkiem zapewniającym bezpieczeństwo nam samym i naszym najbliższym.

O ile w Polsce strach przed przestępczością osłabł, a liczba przestępstw od roku 2003 systematycznie maleje, co z kryminologicznego punktu widzenia jest łatwe do wytłumaczenia (koniec rodzącej anomię transformacji, czynniki demograficzne, emigracja), to rolę swoistego straszaka przejmie teraz międzynarodowy terroryzm islamski. Nie mam wątpliwości, że czeka nas kolejny etap debaty na temat zaostrzania kar kryminalnych i przywrócenia kary śmierci. Dotychczas polscy prawnicy politycy i publicyści, świadomi międzynarodowych zobowiązań Polski, nieskutecznie próbowali wznowić taką debatę na forum Unii Europejskiej. Lech Kaczyński, już jako Prezydent Rzeczypospolitej, na forum międzynarodowym w Dublinie w lutym 2007 r., w dyskusji o przyszłości Europy stwierdził, że

zakaz wykonywania kary śmierci w krajach Unii Europejskiej jest niemoralny i jest on wynikiem intelektualnej mody, która przeminie [...],

a w relacji kat-ofiara brak kary śmierci daje niewyobrażalną przewagę temu, kto jest katem<sup>5</sup>.

Wówczas słowa polskiego Prezydenta wywołały zdumienie i konsternację. Dziś po atakach terrorystycznych w Paryżu, z całą pewnością spotkałyby się z głosami poparcia wielu skrajnie prawicowych polityków Zachodu. Wypada jednak żywić nadzieję, że mimo wszystko Unia Europejska potrafi zachować swą cywilizacyjną tożsamość, której elementem jest brak kary śmierci, i szerzej – standard ochrony praw człowieka. Gdyby cofnęła się o ten krok, znaczyłoby to zwycięstwo islamskiego terroryzmu, którego celem jest przecież cywilizacja zachodnia.

---

<sup>5</sup> Zob. J. Widacki, *Poglądy studentów prawa na zabójstwo i karę za zabójstwo przed i po „interwencji edukacyjnej” w postaci wykładu monograficznego*, [w:] *Mysł i polityka. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jackowi Marii Majchrowskiemu*, red. B. Szlachta, Kraków 2011, s. 512.

Jan Widacki

Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Anna Szuba-Boroń

Doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

## Profesor Józef Rosenblatt – klasyk, socjalista czy prekursor pozytywizmu?

### Wprowadzenie

Józef Rosenblatt funkcjonował w co najmniej trzech rolach społecznych: jako profesor prawa karnego i procedury karnej c.k. Uniwersytetu Jagiellońskiego, jako adwokat, znany obrońca w sprawach karnych, a nadto przez wiele lat prowadził działalność publiczną jako radny w radzie Stołecznego Królewskiego Miasta Krakowa. Próba rekonstrukcji jego poglądów wydaje się zatem interesująca z dwóch co najmniej powodów. Pierwszy jest oczywisty, nazwijmy go historycznym: zmierza do zrekonstruowania poglądów Rosenblatta na prawo karne, jego filozofię, na kryminologię, a także poglądów politycznych jako takich. Powód drugi nazwać można socjologicznym. Interesujące jest bowiem, na ile poglądy wyrażane w tych różnych rolach były tożsame, na ile poglądy filozoficzne przekładały się na poglądy polityczne i czy jedno i drugie miały wpływ na praktykę adwokacką, na dobór klientów i treść wystąpień. Warto zwrócić uwagę, że także dziś poglądy polityczne i filozoficzne adwokata próbuje się czasem odczytać z jego praktyki adwokackiej, przyjmując często podświadomie założenie, czy może tylko podejrzenie, że adwokat utożsamia się z poglądami

swych klientów, szczególnie w sprawach o zabarwieniu politycznym czy z politycznym podtekstem<sup>1</sup>.

Próba rekonstrukcji poglądów Rosenblatta wydaje się szczególnie zachęcająca także z tego powodu, że Elżbieta Janiszewska-Talago, w swej monografii poświęconej szkole antropologicznej prawa karnego w Polsce, zaliczyła Rosenblatta do konserwatywnych z natury rzeczy „klasyków galicyjskich” na równi z Edmundem Krzymuskim<sup>2</sup>, zaś współcześni podejrzewali go o socjalizm (por. niżej).

## Życie i twórczość

Józef Michał Rosenblatt (ur. 19 marca 1853 r. w Krakowie – zm. 1 czerwca 1917 r. w Baden pod Wiedniem) był wybitnym prawnikiem, profesorem prawa i procesu karnego, który pracę naukową opierał w dużej mierze na praktyce, wykonując zawód adwokata. Od 1885 r. prowadził własną kancelarię. Rodowity krakowianin, absolwent Gimnazjum św. Anny (dziś Liceum im. Bartłomieja Nowodworskiego). Po ukończeniu szkoły średniej i złożeniu egzaminu dojrzałości, jesienią 1871 r. rozpoczął studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji c.k. Uniwersytetu Jagiellońskiego. Szczególnym zainteresowaniem ambitnego studenta cieszyły się wykłady z prawa i procesu karnego, które prowadził prof. Aleksander Bojarski. Pod jego kierunkiem powstała pierwsza praca Rosenblatta: *Zasady nauki o udziale w przestępstwie*. Publikacja ta, po wygranej w konkursie uniwersyteckim, została wskazana przez profesora Bojarskiego do wydania nakładem Biblioteki Umiejętności Prawnych<sup>3</sup>. Po ukończeniu studiów, w 1875 r., Rosenblatt był auskultantem (jak wówczas nazywano aplikantów) w Krakowskim

<sup>1</sup> Por. J. Widacki, *Adwokat pomocnik mordercy*, [w:] idem, *Rozważania o prawie i sprawiedliwości*, Kraków 2007, s. 83–86.

<sup>2</sup> E. Janiszewska-Talago, *Szkola antropologiczna prawa karnego w Polsce*, Warszawa 1965, s. 24.

<sup>3</sup> J. Rosenblatt, *Zasady nauki o udziale w przestępstwie*, Warszawa 1874 (Biblioteka Umiejętności Prawnych, Serya I, Zeszyt XLI).

Sądzie Krajowym, złożyłwszy uprzednio „egzamininy rządowe”<sup>4</sup> wymagane do rozpoczęcia praktyki sądowej. Już wtedy w „Gazecie Narodowej” ukazała się krótka notatka, w której napisano, że „[...] Pan Rosenblatt jest młody jeszcze, ale wielce uzdolniony prawnik i historyk w Krakowie, który bierze podobno także udział w redakcji Szkiców społecznych i literackich”<sup>5</sup>. W 1876 r. otrzymał rządowe stypendium na podróż naukową do Niemiec. Ten trzymiesięczny pobyt, podczas którego stypendysta miał możliwość zwiedzenia uniwersytetów w Berlinie, Lipsku i Monachium<sup>6</sup>, zaowocował przemyśleniami, których efektem było ukończenie rozprawy *Rzecz o zbiegu przestępstw z uwzględnieniem obecnego ustawodawstwa karnego w Europie*. Została ona złożona wraz z wnioskiem Rosenblatta o dopuszczenie do docentury z prawa i procesu karnego. Wcześniej, jeszcze w tym samym roku (1876), uzyskał on tytuł doktora praw, na podstawie trzech egzaminów, tzw. rygorozów. W 1877 r. habilitował się w zakresie prawa karnego, choć wnioskował o dopuszczenie do docentury z prawa i procesu karnego. 30 kwietnia 1877 r. minister oświaty zatwierdził uchwałę Wydziału Prawa i Administracji c.k. Uniwersytetu Jagiellońskiego zgodną z wnioskiem recenzentów, prof. Bojarskiego i prof. Franciszka Kasparka, o nadanie Rosenblattowi docentury prywatnej z prawa karnego materialnego. Pod koniec roku Rosenblatt złożył pracę *Krótki pogląd na historię instytucji prokuraturii i organizacją takowej w główniejszych państwach Europy*, wnioskując o rozszerzenie habilitacji o prawo karne procesowe, po wydaniu jednak wstępnej opinii przez prof. Bojarskiego wycofał tę pracę. Rozszerzenie habilitacji także na procedurę karną powiodło się dopiero w roku kolejnym, po uznaniu przez recenzentów dwóch rozpraw: *Gwarancje sprawiedliwego wyroku w procesie karnym* oraz *Rzecz o sądzie ławników*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa karnego i kryminologii w Krakowie*, Kraków 2013, s. 135.

<sup>5</sup> „Gazeta Narodowa” z 26 stycznia 1875 r., nr 20, s. 3.

<sup>6</sup> J. Widacki, *Szkice z dziejów...*, s. 136.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 140.



Dr Józef Rosenblatt – lata 80. XIX w.

Życie zawodowe Rosenblatta, jak wspomniano, toczyło się na kilku ważnych płaszczyznach: z jednej strony pracował naukowo na Uniwersytecie Jagiellońskim, stale poszerzając swój dorobek publikacyjny, z drugiej natomiast – prowadził czynnie praktykę adwokacką. Tę rozpoczął tuż po pierwszej habilitacji w 1877 r. (pełne uprawnienia adwokata uzyskał w 1882 r.<sup>8</sup>). Zgodnie z ówczesnie obowiązującą austriacką ustawą o postępowaniu karnym z 1873 r.<sup>9</sup> obrońcami w sprawach karnych mogły być osoby wpisane do „wykazu obrońców”. Każdy trybunał (sąd) drugiej instancji prowadził taki wykaz. Wpis

<sup>8</sup> J. Widacki, *Adwokat profesor Józef Rosenblatt i jego udział w krakowskim procesie Ludwika Waryńskiego i towarzyszy*, „Palestra” 2013, nr 11–12 (671–672), s. 125.

<sup>9</sup> Ustawa o postępowaniu karnym z dnia 23 maja 1873 roku.



uzyskać mogli adwokaci, ale także prawnicy, którzy złożyli egzamin sędziowski, notarialny lub adwokacki, oraz doktorzy prawa będący członkami ciała nauczycielskiego na wydziale prawa i administracji. Do „członków ciała nauczycielskiego” na wydziałach prawa na podstawie §2 ustawy o organizacji władz akademickich z 1872 r.<sup>10</sup> zaliczano docentów prywatnych. Tak więc Rosenblatt, nie będąc jeszcze adwokatem, był wpisany do „wykazu obrońców”, mając do tego dwa tytuły: był po egzaminie sędziowskim i był prywatnym docentem na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Dlatego jeszcze zanim uzyskał pełne uprawnienia adwokata, bronił w sprawach karnych i w tym czasie właśnie występował w charakterze obrońcy w głośnym procesie Ludwika Waryńskiego i towarzyszy. Całości dopełnia aktywność Rosenblatta w życiu publicznym, przez wiele lat był bowiem radnym miasta Krakowa.

Pracę naukową – jak wspomniano – na Uniwersytecie rozpoczął w 1877 r. W 1884 r. nastąpiła chwila przełomowa: zmarł dotychczasowy kierownik katedry prawa i procesu karnego profesor Aleksander Bojarski, w wieku zaledwie 48 lat. Przez ostatnie lata swego życia zmagał się z utratą mowy, a ostatecznie przegrał walkę z nieuleczalną wówczas kiłą mózgu<sup>11</sup>. Rosenblatt, mający habilitację zarówno z prawa materialnego, jak i procesu karnego, traktowany był jako poważny kandydat na następcę prof. Bojarskiego, tym bardziej że od 1877 r. wspomagał go w prowadzeniu zajęć z prawa i procesu karnego. Na rodzimym wydziale jego kontrkandydatem był docent Edmund Krzymuski, niezwykle ceniony w środowisku naukowym filozof prawa karnego. Specjalnie w tym celu powołana Komisja złożyła do Ministerstwa wnioski o mianowanie na stanowisko profesora obu kandydatów. Ponieważ jednak Rosenblatt prowadził sprawnie funkcjonującą kancelarię, z działalności której się utrzymywał, nadano mu tytuł „profesora nadzwyczajnego bezpłatnego”, pozostawiając na stanowisku docenta prywatnego<sup>12</sup> (Krzymuskiemu po-

<sup>10</sup> Ustawa o organizacji władz akademickich z dnia 27 kwietnia 1872 roku.

<sup>11</sup> J. Widacki, *Szkice z dziejów...*, s. 81, 94.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 145.

wierzono stanowisko profesora nadzwyczajnego płatnego). 22 listopada 1887 r. otrzymał stanowisko profesora nadzwyczajnego, a 2 grudnia 1893 r. – tytuł profesora zwyczajnego. Jego aktywność dydaktyczna obejmowała również prowadzone w zastępstwie wykłady z procedury cywilnej, a później również z prawa cywilnego, prawa prywatnego i prawa prywatnego austriackiego.

Praktykę adwokacką kontynuował od 1885 r., kiedy otworzył własną kancelarię<sup>13</sup>, aż do śmierci. Występował w sprawach o dużej rozpiętości tematycznej, zarówno kryminalnych, jak i cywilnych. Przynajmniej częściowo jego aktywność procesowa zapisana jest na kartach ówczesnych gazet, jak choćby „Nowej Reformy” czy „Gazety Narodowej”, na łamach których szeroko relacjonowano przebieg wielu postępowań sądowych<sup>14</sup>.

W historii zapisała się mowa obrończa Rosenblatta, którą wygłosił podczas procesu Ludwika Waryńskiego i towarzyszy w 1880 r. Ponieważ oskarżonym postawiono zarzut popełnienia „zbrodni zaburzenia spokoju publicznego”<sup>15</sup> polegającej na wzbudzaniu w ludności nienawiści i pogardy wobec cesarza, konstytucji, rządu, administracji państwowej poprzez szerzenie propagandowych haseł socjalistycznych, Rosenblatt w mowie obrończej wyjaśniał założenia idei socjalizmu. Mowa ta została opublikowana później po niemiecku w Wiedniu, w zbiorze słynnych mów obrończych, najlepszych i najbardziej znanych

<sup>13</sup> „Nowa Reforma” 1885, nr 1 podaje, że 1 stycznia 1885 r. Józef Rosenblatt otworzył kancelarię adwokacką przy ul. Grodzkiej 1/9.

<sup>14</sup> Można tu obok słynnego procesu socjalistów („Gazeta Narodowa” 1880, np. nr 82, 129, 249) wspomnieć o procesie wadowickim („Gazeta Narodowa” 1890, np. nr 13, 14, 20, 28, 47, 60, 272), głośniejszym w Krakowie sprawie Gustawa Bazesa („Nowa Reforma” 1910, nr 54, 58), procesie w sprawie katastrofy budowlanej w Nowym Sączu w 1910 r. („Nowa Reforma” 1910, nr 570), sprawie Kicińskiego („Gazeta Narodowa” 1881, nr 241) czy też o „nader ciekawej” sprawie galicyjskiego banku dla handlu i przemysłu przeciw jednemu z jego agentów („Gazeta Narodowa” 1881, nr 135) lub „zasadniczego znaczenia rozprawie karnej” o konfiskacie czasopisma «N. Reforma» („Głos Narodu” 1894, nr 148).

<sup>15</sup> J. Widacki, *Adwokat profesor Józef Rosenblatt...*, s. 126.

w całej c.k. Monarchii<sup>16</sup>; <sup>17</sup>, ale wcześniej – wydana przez socjalistów niemieckich w Niemczech jako... broszura przystępnie wyjaśniająca, czym jest socjalizm. Ta broszura narobiła wielkiego zamieszania, o czym niżej.

Wspomniano wcześniej o publicznej działalności Rosenblatta. Przez ponad 30 lat był radnym krakowskiej Rady Miejskiej, aktywnie działał w samorządzie adwokackim, będąc w latach 1903–1904 prezydentem Izby Adwokackiej w Krakowie. Był również członkiem Towarzystwa Ekonomistów i Prawników w Krakowie, a także członkiem prawniczej Akademii Umiejętności i Międzynarodowego Towarzystwa Prawa Karnego w Brukseli. W 1885 r. Rosenblatt był kandydatem brodzkiej izby handlowej do VII kadencji Rady Państwa w Wiedniu. W „Gazecie Narodowej” przedstawiano Rosenblatta – „docenta na wszechnicy jagiellońskiej, znanego powszechnie jako zdolnego kryminalistę”<sup>18</sup> – i argumentowano, iż „[...] wybór dr. Rosenblatta, nadzwyczajnego profesora prawa karnego na uniwersytecie jagiellońskim, byłby dla Koła polskiego bardzo pożądanym, gdyż Koło Polskie zyskałoby w nim prawdziwego przedstawiciela nauki”. Dalej cytowano za „Ojczyznę”: „W dobie przygotowującej się reformy prawa karnego dr. Rosenblatt byłby nie tylko pożytecznym współpracownikiem w komisji, lecz w danym razie świetnym tej sprawy rzecznikiem”<sup>19</sup>. Rosenblatt jednak, mimo że

[...] mowa jego głęboko obmyślana porwała słuchaczy i pozyskał sobie wszystkich niezależnych niesprzedajnych członków izby [...], odstąpił od kandydatury gdy mu przedstawiono, że drugi kandydat także przez komitet centralny polecony [Samuel Horowitz] ma większe szanse zwyciężenia antynarodowej kandydatury p. Kallira<sup>20</sup>.

„Gazeta Narodowa” szeroko opisywała „obywatelskie zachowanie się prof. Rosenblatta z Krakowa”, co więcej, „[...] nawet zwolennicy

<sup>16</sup> Idem, *Szkice z dziejów...*, s. 67.

<sup>17</sup> M. Neuda, L. Schmelz, *Berühmte Verteidigungsreden*, Wien 1921, [za:] J. Widacki, *Szkice z dziejów...*, s. 67.

<sup>18</sup> „Gazeta Narodowa” z 6 czerwca 1885 r., nr 127, s. 2.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> „Gazeta Narodowa” z 12 czerwca 1885 r., nr 132, s. 2.

p. Kallira otwarcie przyznawali, że z prof. Rosenblattem mało kto mógłby się mierzyć co do zewnętrznej wartości [...]”<sup>21</sup>. Ostatecznie posłem do Rady Państwa w Wiedniu VII kadencji z izby brodzkiej został wybrany Natan Kallir (wygrał z Samuelem Horowiczem jednym zaledwie głosem). VII kadencja Rady Państwa w Wiedniu trwała od 1885 do 1891 r., odbyła się w tym czasie tylko jedna sesja parlamentu.

Pracując naukowo, Józef Rosenblatt opublikował ponad 100 prac, o niezwykle rozpiętości tematycznej: od karnistycznych, poprzez procesowe, po dotyczące również prawa cywilnego, procedury cywilnej, prawa handlowego i prasowego. Jeszcze zanim ukończył 31 lat, opublikował siedem prac z zakresu prawa karnego, wśród których wymienić należy *Zasady nauki o udziale w przestępstwie* (1874), *Rzecz o zbiegu przestępstw* (1877), *Kara więzienia i zakłady karne* (1877), *O pojedynku* (1878), *Czarownica powołana. Przyczynek do historii spraw przeciw czarownicom w Polsce* (1883), *Pojęcie szkody w oszustwie* (1883), oraz dwie dotyczące prawa procesowego: *Gwarancje sprawiedliwego wyroku* oraz *Rzecz o sądach ławników* (1879)<sup>22</sup>. Inspirowany doświadczeniami z prowadzonej praktyki adwokackiej, wiele publikował na łamach czasopism krajowych, m.in. „Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego”, „Prawnika”, „Przeglądu Sądowego i Administracyjnego” czy „Gazety Sądowej Warszawskiej”, jak również austriackich i niemieckich np. „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” i „Österreichische Richterzeitung”. Obok wymienionych wyżej wśród wybitnych dzieł Rosenblatta wskazać należy m.in. *Wykład austriackiego procesu karnego* (1884), *Falszywe wyroki i ich przyczyny*<sup>23</sup> (1908). Jego dorobek publikacyjny zawiera obok prac pisanych po polsku również przeszło 30 prac niemieckojęzycznych.

Część dorobku piśmienniczego Rosenblatta dotyczy zagadnień kryminologicznych – i tu szczególną uwagę należy zwrócić m.in. na

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. M. Patkaniowski, Kraków 1964, s. 323.

<sup>23</sup> J. Rosenblatt, *Falszywe wyroki i ich przyczyny*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne”, 1908, t. 9, s. 1–18.

prace: *Psychologia morderstwa*<sup>24</sup>, *Wzrost przestępstw i środki zapobiegawcze*<sup>25</sup>, *O psychologicznych motywach zbrodni*<sup>26</sup>, *Kilka cyfr z galicyjskiej statystyki kryminalnej*<sup>27</sup>, *Szkice ze świata zbrodni*<sup>28</sup>. Z analizy jego prac wyłania się obraz wnikliwego obserwatora i uważnego, krytycznego czytelnika literatury fachowej. Trzydziestoletni Rosenblatt opublikował w „Przeglądzie Sądowym i Administracyjnym” z 1884 r. artykuł *Wzrost przestępstw i środki zapobiegawcze*, w którym dokonał analizy przyczyn wzrostu przestępczości i szukał środków zapobieżenia dalszemu jej rozwojowi. Powoływał się przy tym szeroko na literaturę niemiecką oraz regulacje przewidziane w projekcie nowej austriackiej ustawy karnej. Konsekwentnie wyrażał przekonanie, iż to nie surowość kary jest w stanie wpłynąć na decyzję o popełnieniu przestępstwa, ale pewność i nieuchronność jej wymierzenia, a przede wszystkim „ściśle wykonanie kar” precyzyjnie określone ustawą „o wykonaniu kar uwięzienia” przewidzianych w ustawie karnej. Nie pokładał zaufania w resocjalizacyjnym oddziaływaniu więzienia, co zbliżało go do stanowiska klasyków. Więzienie postrzegał raczej i oceniał jako „elementarną szkołę przestępstw”. Szukając inspiracji w systemach zachodnich, próbował znaleźć metody skutecznie ograniczające przestępczość, oddziałujące na przestępców, próbował skorelować instrumenty państwowe z działaniami społecznymi, podkreślał, że ważne jest, by wprowadzać sprawców przestępstw po odbyciu kary na powrót do społeczeństwa, „opiekować się nimi i wrogów swoich przeobrazić w przyjaciół”. Takie podejście od klasyków zdecydowanie go różniło. Należy odnotować, że obok

<sup>24</sup> Idem, *Psychologia morderstwa*, „Gazeta Sądowa Warszawska” z 18 (30) grudnia 1876 r., R. IV, nr 53.

<sup>25</sup> Idem, *Wzrost przestępstw i środki zapobiegawcze*, „Przegląd Sądowy i Administracyjny” 1884, t. IX, nr 8, s. 57.

<sup>26</sup> Idem, *O psychologicznych motywach zbrodni*, „Przegląd Literacki”, dodatek do tygodnika „Kraj” 1888, t. VII, nr 52.

<sup>27</sup> Idem, *Kilka cyfr z galicyjskiej statystyki kryminalnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1909, R. XXXIV, z. 8, s. 608.

<sup>28</sup> Idem, *Szkice ze świata zbrodni*, „Gazeta Sądowa” 1889, nr 20, 21, s. 308–316 i 324–332.

wspomnianych prac naukowych, Rosenblatt opublikował szereg prac popularnonaukowych i publicystycznych.

## Poglądy na podstawy prawa karnego – Rosenblatt wobec szkoły klasycznej

W latach aktywności zawodowej Rosenblatta kryminologia dopiero rodziła się jako odrębna nauka i rozróżnienie jej i filozofii prawa karnego nie jest w tym okresie łatwe. Najlepszym przykładem może być to, że niewątpliwie kryminologiczna teoria, w dodatku podbudowana empirycznie, jaką była teoria zapoczątkowana przez Cesare Lombrosa, a rozwijana przez jego uczniów i współpracowników, uważana była (a poniekąd jest nadal) za teorię prawa karnego, a włoską szkołę kryminologiczną nazywano powszechnie „szkołą antropologiczną w prawie karnym” lub po prostu „włoską szkołą prawa karnego”<sup>29</sup>.

Rosenblatt jako jeden z pierwszych w Polsce zauważył, że w dobie pozytywizmu obok prawa karnego rodzi się nowa, odrębna dyscyplina obejmująca jego zdaniem antropologię kryminalną, statystykę kryminalną i psychologię kryminalną, które dziś łącznie nazywamy kryminologią, a które służyć miały zarówno prawu karnemu (pojętemu wąsko, dogmatycznie), jak i polityce kryminalnej państwa.

Opis poglądów Rosenblatta na prawo karne rozpocząć trzeba od tego, że akceptuje on myśl Monteskiusza i Cesare Beccarii, że nie surowość kary, ale jej nieuchronność może mieć znaczenie prewencyjne<sup>30</sup>. Nieuchronność kary zależy jego zdaniem od organizacji sądownictwa

<sup>29</sup> Por. E. Krzyski, *Szkoła pozytywna prawa karnego we Włoszech*, Lwów 1889; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1970, s. 49; E. Janiszewska-Talago, *op. cit.*; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik*, Kraków 2011, s. 52–53; A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 5, Warszawa 2004, s. 24 i n.

<sup>30</sup> Por. J. Rosenblatt, *Psychologia morderstw – na podstawie rozprawy prof. Holzendorfa „Die Psychologie des Mordes”*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1876, R. IV, nr 53.

i jego sprawności. Sprawności sądownictwa, a może ściślej sposobom jego usprawnienia poświęcił Rosenblatt wiele swoich prac<sup>31</sup>. Jest on też autorem bodaj pierwszej w Polsce, i przez wiele lat jedynej pracy na temat pomyłek sądowych<sup>32</sup>.

Samo postawienie problemu, czy surowość, czy nieuchronność kary decyduje o jej skuteczności, świadczy o wcześniej przyjętym założeniu, że kara ma być skuteczna, że ma osiągnąć jakiś cel praktyczny, a nie być tylko sprawiedliwą, w sensie metafizycznym, odpłatą za przestępstwo, jak uzasadniały karę skrajne koncepcje klasyczne. Tak dla Kanta sprawiedliwa odpłata była celem samym w sobie. Dla Krzymuskiego – była środkiem do celu, a celem była prewencja, tak indywidualna, jak i generalna<sup>33</sup>.

Dla Rosenblatta skuteczność kary, jej użyteczność jest celem jak widać pierwszoplanowym. Już to różni go od większości przedstawicieli szkoły klasycznej. Omawiając na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej”<sup>34</sup> pracę niemieckiego profesora prawa, jednego z pionierów nauki polityki kryminalnej Franza von Holtendorffa (1829–1889) i najwyraźniej podziеляjąc jego poglądy, kwestionuje skuteczność kary śmierci w stosunku do morderców „z nienawiści i zemsty”. „Zagrożenie karą śmierci wobec takich jednostek nie ma mocy odstraszającej”, podobnie jak nie ma jej w stosunku do morderców „na drodze zbrodni i moralnego upadku tak dalece zaszyłych, że przyszłość jest im zupełnie obojętną”.

<sup>31</sup> Por. np. J. Rosenblatt, *Gwarancje sprawiedliwego wyroku; Rzec o sądach ławników*. Dwie rozprawy złożone przez Dra Józefa Rosenblatta, docenta Uniwersytetu Jagiellońskiego, Lwów 1879; por. idem, *Krótki pogląd na historię instytucji prokuratury i organizacja takowej w główniejszych państwach Europy*, której obszerne fragmenty drukowane były w „Gazecie Sądowej Warszawskiej” 1877, nr 39–40, s. 1–3.

<sup>32</sup> J. Rosenblatt, *Fałszywe wyroki i ich przyczyny...*

<sup>33</sup> Por. J. Widacki, *Profesora Krzymuskiego spóźniony zachwyt szkołą klasyczną*, [w:] *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkola klasyczna w defensywie*, wybór i przedmowa J. Widacki, Kraków 2013, s. XVIII.

<sup>34</sup> J. Rosenblatt, *Psychologia morderstw...*

Nie mają oni, jak twierdzi Rosenblatt, „żadnego poszanowania dla prawa, żadnej obawy przed karą, myślą tylko o zaspokojeniu swych potrzeb. To zbrodniarze nałogowi, dla których kara jest obojętną”<sup>35</sup>. Kara śmierci jest także nieskuteczna wobec morderców z fanatyzmu religijnego i morderców z motywów politycznych<sup>36</sup>. Trzeba pamiętać, że obowiązująca wówczas austriacka ustawa karna z 1853 r. przewidywała za morderstwo sankcję ściśle oznaczoną, karę śmierci. Rosenblatt twierdzi, że dla morderców i wszelkich innych „zbrodniarzy nałogowych” społeczeństwo powinno „obmyśleć inne środki zabezpieczenia się od nich”<sup>37</sup>. Warto zwrócić uwagę, że pojęcie „zbrodniarza nałogowego” będzie wkrótce typowe dla kryminologii pozytywistycznej i opartego na niej pozytywistycznego prawa karnego. Rosenblatt pisze to w roku 1876, w tym samym roku Lombroso zostaje profesorem w Turynie i publikuje swe fundamentalne dzieło *L'uomo delinquente*, którego polski przekład ukaże się dopiero w latach 1891–1892.

Przy okazji Rosenblatt wskazuje na drugi, obok prewencji, cel kary: zabezpieczenie się społeczeństwa przed zbrodniarzem. Ten cel kary stanie się podstawowy dopiero w przyszłości, dla włoskiej szkoły pozytywnej. Rosenblatt dostrzegał, że do walki z przestępczością nie wystarczy sam, choćby najsprawniejszy aparat ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Potrzeba jeszcze działań społecznych. Te ostatnie wydawały mu się szczególnie istotne w ramach działań opiekuńczych postpenitencjarnych, pomagających przestępcy po odbyciu kary w powrocie do społeczeństwa. Opieka nad przestępcami po odbyciu kary była dla niego tak samo ważna jak sama kara<sup>38</sup>.

Dla przedstawicieli szkoły klasycznej statystyka kryminalna stanowiła prawdziwy kłopot. Pokazywała przecież, że przestępczością jako zjawiskiem społecznym rządzą jakieś prawa przyczynowe. Ich uznanie godziło w samo podstawowe założenie szkoły klasycznej, która odpo-

---

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> J. Rosenblatt, *Wzrost przestępcstw...*



wiedzialność karną opierała na uznaniu wolnej woli i pełnym indeterminizmie działań ludzkich. Ale statystyka, początkowo opisująca tylko liczbowo stan państwa, z czasem objęła też moralność („statystykami moralności” nazywano pierwsze statystyki kryminalne). Od trzeciej dekady XIX w. Francja, a w ślad za nią inne państwa, zaczyna prowadzić systematyczne statystyki kryminalne. Dane statystyczne przestają być zwykłym liczbowym opisem rzeczywistości, ale stają się przedmiotem badań zmierzających do ustalenia w analizowanych zbiorach jakiś prawidłowości. Statystyka opisowa zostaje uzupełniona analizą statystyczną. Z drugiej strony, pozytywiści angielscy i francuscy od połowy XIX w. głoszą, że społeczeństwem rządzą te same prawa przyczynowe, co przyrodą. Determinizm staje się w nauce poglądem powszechnym. Nie ma dla klasyków innego wyjścia, jak uznać statystykę kryminalną, ale tylko na poziomie opisowym. Tak pojęta statystyka, opisująca tylko liczbowo zdarzenia przeszłe, nie dawała podstaw do wnioskowania o przyszłości, nie dawałaby podstaw do szukania jakiś prawidłowości i związków przyczynowych. Krzymuski pisał:

statystyka nic więcej nie wykazała, jak tylko to, że przy danych okolicznościach duch ludzki w pewien sposób objawił swoje życie moralne. Lecz nie znaczy to jeszcze, by ten sposób był absolutnym, odnośnie do tego nawet, co zaszło; a coś dopiero by miał obowiązywać na przyszłość<sup>39</sup>.

Obawiał się, że

statystyka moralna pojmowana jako nauka o prawach rządzonych fatalistycznie rozwojem społeczeństwa i jej zastosowanie do repressyi przestępstw, pozbawiło by ją tych wszystkich cech na mocy których jest ona prawem, a wyraz jej zewnętrzny, to jest kara wyższym narzędziem sprawiedliwości. Pozbawiłoby ją dlatego, że rugując z dziedziny życia etycznego wolną wolę, odejmuje mu jednocześnie wszelką podstawę odpowiedzialności i pomiędzy cnotliwymi a przestępnymi jego objawami upatruje tylko tę różnicę, jako zachodzi między pomyślnie a szkodliwie oddziałującymi wpływami. Wobec

---

<sup>39</sup> E. Krzymuski, *Znaczenie naukowe statystyki moralności i doniosłość jej wywodów dla represji przestępstw*, [w:] *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkola klasyczna...*, s. 25.

takiego pojmowania naszej działalności duchowej, nie mógłby się utrzymać żaden ustrój społeczny, prawnie uorganizowany, ani żaden system karny oparty na zasadach sprawiedliwości. Kara bez wolnej woli i bez tych wszystkich względów, jakie z tej naturalnej podstawy wynikają, to jest bez dążności do poprawy przestępcy i do coraz większego godzenia tego celu z widokami dobra publicznego, nie jest karą w znaczeniu wymiaru sprawiedliwości, a odwetem o tyle tylko mniej przestępnym od czynu, który go wywołał, że jest jego skutkiem, a nie przyczyną<sup>40</sup>.

Rosenblatt do statystyki kryminalnej podchodzi bez takich typowych dla przedstawicieli szkoły klasycznej obaw. Co więcej, nie boi się na podstawie jej danych wyciągać wniosków co do zdarzeń przyszłych. Takie podejście jest widoczne zarówno w artykułach *Wzrost przestępstw i środków zapobiegawcze* i późniejszym, bo z roku 1909 *Kilka cyfr z galicyjskiej statystyki kryminalnej*, jak i może szczególnie w powoływanej wyżej *Psychologii morderstw...*, gdzie cały wywód oparty jest na danych ze statystyk kryminalnych. W swym studium *O obecnych szkołach prawa karnego i ich metodzie*<sup>41</sup>, o którym będzie jeszcze obszerniej mowa niżej, Rosenblatt pisze wyraźnie: „badania statystyczne wykazały bowiem, że zbrodnia jest zjawiskiem społecznym, podlegającym pewnym prawom, których poznanie jest koniecznym w interesie rozwoju i postępu ludzkości”, po czym zaznacza, że „socjologiczne badanie zbrodni i kary może i powinno stanowić odrębną, samoistną [...] gałąź socjologii ogólnej” – stanowiącą nową, odrębną od prawa karnego dziedzinę, jaką jest polityka kryminalna<sup>42</sup>. Nawiasem mówiąc, dziś kryminologia w Stanach Zjednoczonych uprawiana jest głównie przez socjologów, w Europie – częściej przez prawników.

Wspomniana praca Rosenblatta *O obecnych szkołach prawa karnego i ich metodzie*, opublikowana została we Lwowie w roku 1887, nakładem redakcji „Przeglądu Sądowego i Administracyjnego”. W pracy tej autor odnosi się wprost do różnych szkół prawa karnego i na ich tle najpełniej

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 26.

<sup>41</sup> J. Rosenblatt, *O obecnych szkołach prawa karnego i ich metodzie*, nakładem redakcji „Przeglądu Sądowego i Administracyjnego”, Lwów 1887, s. 17–18.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

prezentuje swe poglądy. Szkoda, że tekst ten powstał tak wcześnie, na początku kariery naukowej Rosenblatta, i co więcej, w czasie gdy główne konkurencyjne dla szkoły klasycznej nurty w prawie karnym zaczynały dopiero się kształtować, nie osiągając jeszcze swego pełnego rozwoju.

W czasie gdy Rosenblatt pisał tę pracę, ukazały się dopiero pierwsze prace Lombrosa, Garofalo, Ferriego czy Liszta. Znałe było dopiero pierwsze wydanie *L'uomo delinquente* Lombrosa (kolejne były dość poważnie modyfikowane i uzupełniane). Dość przypomnieć, że pierwsze wydanie tego dzieła w 1876 r. liczyło 740 stron, podczas gdy wydanie piąte, z 1896 r. miało stron 1903, czyli objętość dzieła zwiększyła się ponad dwuipółkrotnie. Dopiero w 1893 r. Lombroso wspólnie z Guglielmo Ferrero wydali kolejną klasyczną dla tej szkoły pracę *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*<sup>43</sup>. Raffaele Garofalo, który zmarł w 1934 r. i do końca był naukowo czynny, w 1888 r. opublikował wraz z Luigi Carellim *Riforma della procedura penale in Italia: progetto di un nuovo codice*, w 1895 – *La superstizione socialista*, a w 1907 – *Idee sociologiche et politiche di Dante, Nietzsche e Tolstoi: studi seguiti dalla conferenza ignoranza e criminalita al Governo di Parigi Nel 1871*. Ferri, również czynny naukowo do śmierci (zmarł w 1929) po ukazaniu się pracy Rosenblatta o szkołach prawa karnego, opublikował znaczną część swego dorobku, m.in. w 1894 r. *Socialismo e scienza positiva* oraz *Socialismo e moderne scienza*, ukazały się też zmodyfikowane wydania podstawowych dzieł Ferriego: *Sociologia criminale* i *L'uomicidio-suicidio*, a *Prinzipi di criminale* ukazało się dopiero w 1928 r., 11 lat po śmierci Rosenblatta.

Rosenblatt całą szkołę pozytywistyczną, we wszystkich odmianach: antropologicznej, socjologicznej i multikauzalnej (tak sklasyfikowanej i nazwanej później) nazywa „socjologiczną”. Zalicza do niej „kryminalistów włoskich a w literaturze niemieckiej Liszta”<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Polskie wydanie w tłumaczeniu J. Szeniaka *Kobieta jako zbrodniarka i prostytutka: studia antropologiczne poprzedzone biologią i psychologią kobiety normalnej* ukazało się w 1895 r.

<sup>44</sup> J. Rosenblatt, *O obecnych szkołach prawa karnego...*, s. 23.

Z tą szkołą Rosenblatt wyraźnie sympatyzuje. O szkole filozoficznej wywodzącej się od Kanta, Hegla i Feuerbacha, która w jego ujęciu jest tożsama z tym, co dziś nazywamy szkołą klasyczną, napisał krytycznie, że po niej „żadnego postępu już się nie spodziewa”, co więcej, podziela poglądy Liszta, że szkoła ta „w prawie karnym dziś stwarza już tylko chaos i niejasność”<sup>45</sup>. Natomiast o szkole socjologicznej, czyli pozytywistycznej pisze z uznaniem, że „otworzyła nowe tory dla prawa karnego, nadała nauce szerszy pogląd; widnokrąg nauki się rozszerzył, a pomijane dotąd znaczenie i doniosłość zbrodni jako objawu społecznego, a kary jako instytucji socjalnej zyskują coraz więcej uznania”<sup>46</sup>.

Rosenblatt akceptuje przy tym pogląd Sergiewskiego<sup>47</sup>, który na łamach wydawanego przez Liszta czasopisma „Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft”<sup>48</sup> pisał, że należy oddzielić prawo karne – rozumiane dogmatycznie, zajmujące się badaniem, generalizowaniem i ujęciem w system pojęć tego, co odnosi się do przestępstwa i kary, którego materiałem jest ustawa karna i jej historia – od tego, co jest dziedziną nową, na którą składa się „antropologia kryminalna, statystyka kryminalna, psychologia kryminalna”<sup>49</sup>, nazywane dziś łącznie „kryminologią”, która to nazwa w tym czasie nie była w tym znaczeniu znana. Ta nowa dziedzina służyć ma polityce kryminalnej i pośrednio prawu karnemu.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 25.

<sup>47</sup> Właśc. Sergiejewskiego. Mikołaj Sergiejewski (Sergeyevsky Nikolay Dmitriewicz, 1849–1908) był rosyjskim profesorem prawa karnego i procedury karnej na Uniwersytecie w Petersburgu, [http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz\\_efron/93111/%D0%A1%D0%B5%D1%80%D0%B3%D0%B5%D0%B5%D0%B2%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9](http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz_efron/93111/%D0%A1%D0%B5%D1%80%D0%B3%D0%B5%D0%B5%D0%B2%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9) [dostęp: 13.06.2015].

<sup>48</sup> M. Sergiewski, *Das Verbrechen und die Strafe als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, „Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft” 1881, s. 221.

<sup>49</sup> J. Rosenblatt, *O obecnych szkołach prawa karnego...*, s. 19.

Rosenblatt był więc w Krakowie, a tym samym w Polsce prekursorem pozytywizmu w prawie karnym. Co więcej, jako jeden z pierwszych wyraźnie rozdzielał pojęte dogmatycznie prawo karne od nowej, tworzącej się dopiero dyscypliny, którą z czasem, od tytułu książki Garofalo, będzie się nazywać „kryminologią”. Jak widać, zaliczenie Rosenblatta przez Janiszewską-Talago do przedstawicieli szkoły klasycznej, dosłownie do „klasyków galicyjskich”<sup>50</sup>, jest nie tylko nieuprawnione, ale po prostu błędne.



Prof. Józef Rosenblatt – zdjęcie z początku XX w.

<sup>50</sup> E. Janiszewska-Talago, *op. cit.*, s. 24 i n.

## Rosenblatt wobec socjalizmu

O socjalizm podejrzewały Rosenblatta władze, szczególnie policje, nie świat nauki. Zaczęło się od tego, że – jak wspomniano – w sławnym procesie Waryńskiego i towarzyszy, który toczył się przed c.k. Sądem Krajowym w 1880 r., występował on jako obrońca. Jego znakomita mowa obrończa, w której wyjaśniał, czym jest socjalizm i przekonywał, że nie jest to nic złego, co zasługiwałoby na karę sądową, przeciwnie – wywodził, że socjalizm jest jak najbardziej zdrową i ożywczą ideą, dającą się jak najbardziej pogodzić z konstytucyjnym porządkiem względnie liberalnej c.k. Monarchii, została wydrukowana w prasie codziennej. Po latach, jak już wspomniano wyżej, mowa ta zostanie wydrukowana w niemieckim przekładzie, w zbiorze najlepszych mów obrończych wygłoszonych przed sądami w Austro-Węgrzech<sup>51</sup>. Zanim jednak to nastąpiło, mowę tę wydrukowali w Prusach socjaliści niemieccy, traktując ją jako znakomity popularny wykład idei socjalistycznych, przekonujący zarazem, że działalność socjalistów jest zgodna z konstytucyjnym porządkiem i nie ma podstaw do jej zakazywania lub ścigania karnego. Sprawą zainteresowała się pruska policja, powiadomiła władze w Wiedniu, te zażądały wyjaśnień od c.k. Namiestnictwa we Lwowie. Sprawa trafiła na podatny grunt. Namiestnik hr. Alfred Potocki osobiście interesował się krakowskim procesem socjalistów – tak dalece, że kazał sobie na bieżąco przysyłać sprawozdania z jego przebiegu. Na koniec telegraficznie żądał powiadomienia go o zapadłym wyroku<sup>52</sup>.

Sądząc po tym zainteresowaniu, namiestnik Potocki widział w ruchu socjalistycznym wielkie niebezpieczeństwo dla Monarchii, której był wierny, dla Galicji, którą zapewne kochał, i dla kasty arystokracji, do której należał. Wiadomość, że socjaliści niemieccy kolportują broszurę propagandową, której autorem jest krakowski adwokat, w dodatku docent prywatny c.k. Uniwersytetu Jagiellońskiego, musiała zaniepokoić

<sup>51</sup> M. Neuda, L. Schmelz, *op. cit.* Polski tekst mowy Rosenblatta opublikowano w „Palestrze” 2013, nr 11–12, s. 101–123.

<sup>52</sup> Archiwum Narodowe w Krakowie, St. G. Kr. Mat. 55, 29/247/503.

Namiestnictwo. Toteż w grudniu 1881 r., c.k. Namiestnictwo zwraca się do c.k. Starosty krakowskiego

z wezwaniem, aby doniósł, czy broszura ta wydrukowana została za inicjatywą Dra Rosenblatta, a względnie, czy wydrukowana być mogła bez podania materiału ze strony rzeczzonego obrońcy w sprawach karnych. Ewentualnie, zechcesz się pan oświadczyć, z jakich pobudek spowodował Dr Rosenblatt wydrukowanie tej broszury<sup>53</sup>.

ne des Telegrammes, auf telegramm.

TELEGRAMM Nr 1835  
TELEGRAM L.  
an - an

dyrektor policji angliisch krakow

Dienstliche Zusätze, Doppelsatz e. Urzeds.  
233

Text - Treść.

krakau lemberg 285/ s 19 15/4 11 m

skoro wyrok w sprawie socyalistow zapadnie chciay pan o trasci tegoz telegraficznia mnia zawiadomic = potocki

Telegram namiestnika Potockiego

Nie wiadomo, czy staroście udało się ustalić to, do czego wzywało go Namiestnictwo. W każdym razie, ponieważ w tym czasie Rosenblatt ubiegał się o profesurę, c.k. Namiestnictwo zwraca się do c.k. Dyrekcji Policji w Krakowie o opinię o nim. Wydając opinię, c.k. Dyrekcja Policji nie omieszkła dodać, że dr Rosenblatt

który jest także obrońcą sądowym dla spraw karnych, występował w Krakowie publicznie po dwakroć w obronie osób obwinionych o knowania

<sup>53</sup> Archiwum Narodowe w Krakowie, akta c.k. Dyrekcji Policji w Krakowie 1250.

socjalno-rewolucyjne, a mianowicie pierwszy raz w głośnej sprawie Ludwika Waryńskiego i towarzyszków w roku zeszłym przed miejscową ławą przysięgłych, w miesiącu ostatnim występował w obronie Jana Schneiderhamera [?] i Adama Dębowieckiego<sup>54</sup>.

Jak widać, sam fakt obrony przez Rosenblatta socjalistów dla policji był co najmniej godny odnotowania w opinii, jeśli już nawet nie podejrzany wprost.

Z perspektywy czasu widać, że podejrzenia te były zupełnie bezzasadne. W roku 1880, już po zakończeniu procesu Waryńskiego i towarzyszy, Rosenblatt opublikował w „Przeglądzie Sądowym i Administracyjnym” dwuczęściowy artykuł *Socjalizm wobec ustawy karnej*<sup>55</sup>.

Już na wstępie tego artykułu Rosenblatt zaznacza, że pisze go nie jako obrońca socjalistów przed sądem, który to proces już się zakończył i „wszelkie stosunki jakie łączyły go z oskarżonymi socjalistami ustały”, a zatem kreśli teraz te uwagi z pozycji zupełnie bezstronnej. Zdaniem Rosenblatta, socjalizm sam przez się, wbrew przekonaniu wielu współczesnych, nie jest doktryną szkodliwą dla państwa i społeczeństwa. Wyznając i propagując idee socjalistyczne, nie popełnia się zatem przestępstwa. Chyba że w celu propagowania socjalizmu zakłada się tajne stowarzyszenia. Zakładanie takich stowarzyszeń, nawet dla propagowania i rozwijania skądinąd może i nawet słusznych idei, w każdym razie niepodpadających pod zakazy kodeksu karnego, jest przestępstwem samym w sobie<sup>56</sup>.

Uznanie jakiejś ideologii i jej propagowania i rozwijania za nienaruszające zakazów kodeksu karnego, nie oznacza jeszcze wcale, że się tę ideologię wyznaje, uznaje za słuszną – czy tym bardziej za własną. Stosunek Rosenblatta do socjalistów i samego socjalizmu, którego założenia poznał jako obrońca, jest stosunkiem tolerancyjnego liberała, który uważa, że każdy może wyznawać i głosić swoje idee, byleby nie były one

---

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> J. Rosenblatt, *Socjalizm wobec ustawy karnej*, „Przegląd Sądowy i Administracyjny” 1880, nr 20 i 21.

<sup>56</sup> *Ibidem*, nr 21, s. 171.





nie do pogodzenia z kodeksem karnym. Socjalizm jego zdaniem niczego zabronionego przez kodeks karny nie głosi, nie nawołuje do popełniania żadnych przestępstw, niechże go więc sobie socjaliści wyznają i głoszą.

Również w twórczości naukowej Rosenblatta nie widać wpływu ideologii socjalistycznej. W żadnej ze swych prac nie odwołuje się on ani nie odnosi do Marksa czy Engelsa, choć w czasie gdy pisał rozprawę o szkołach w prawie karnym, czyli w 1887 r., podstawowe prace tych dwóch filozofów, w których wykładają oni swe poglądy na przestępstwo i jego przyczyny, były już od dawna znane. Tak na przykład *Położenie klasy robotniczej w Anglii* Engelsa ukazało się w „*Rheinische Zeitung*” w 1842 r., w tymże roku ukazały *Debaty o ustawie o kradzieży drzewa* Marksa, a jego artykuł *Kara śmierci* ukazał się w 1853 r.

Nie odwołuje się także do prac polskich marksistów-socjalistów. To, że nie ma w pracach Rosenblatta śladu lektury pism Stanisława Brzozowskiego czy Edwarda Abramowskiego, może wydać się czymś naturalnym z uwagi na tematykę ich prac, odległą od jego zainteresowań naukowych. Ale brak także odniesień do jak najbardziej kryminologicznych prac Ludwika Krzywickiego publikowanych w warszawskiej „*Prawdzie*”<sup>57</sup>. Swoją drogą, na te niezwykle głębokie rozważania Krzywickiego, polemizującego z Lombroso i jego szkołą, nie powoływali się nigdy prawnicy nawet będący – jak Edmund Krzymuski – w zdecydowanej opozycji do założeń wszelkich szkół i teorii pozytywistycznych. Nie sądzimy, by Krzymuskiemu na przykład nieznane były artykuły z warszawskiej „*Prawdy*”. Można tylko przypuszczać, że Krzymuski i inni klasycy nie chcieli pozytywizmu („dżumy”) leczyć marksizmem („cholerą”). Zapewne tego lekarstwa – marksizmu – obawiali się bardziej niż samej choroby. W efekcie ani Krzymuski nie wykorzystał marksizmu do walki z pozytywistyczną szkołą włoską, ani Rosenblatt nie korzystał z dorobku marksistów dla krytyki szkoły klasycznej.

<sup>57</sup> Por. L. Krzywicki, *Teoria Cesarego Lombroso*, „*Prawda*” 1886, nr 45; idem, *Kryminologia*, „*Prawda*” 1888, nr 44; idem, *Teoria przestępstwa politycznego (Lombroso i Laschi)*, „*Prawda*” 1890, nr 28; idem, *Reforma prawodawstwa karno-politycznego*, „*Prawda*” 1890, nr 31; idem, *Antropologia zbrodni*, „*Prawda*” 1891, nr 49.

Można więc śmiało stwierdzić, że mimowolny autor broszury socjalistycznej wbrew ówczesnym podejrzeniom policji z socjalizmem nic wspólnego nie miał, a marksizm nie wywarł żadnego wpływu na jego twórczość naukową.

## Działalność uniwersytecka

Pamiętać należy, że środowisko uniwersyteckie końca XIX w. było niezwykle konserwatywne, zdominowane przez „Stańczyków”, z rektorem Stanisławem Tarnowskim na czele. Wśród profesury przeważały sympatie konserwatywne, które zapewne można było stopniować: od skrajnie konserwatywnych do bardziej umiarkowanych i liberalnych. Trudno sobie wręcz wyobrazić, by któryś z profesorów głosił poglądy socjalistyczne, jawnie współpracował z socjalistami, a nawet tylko mówił o nich z sympatią. Dopiero znacznie później mógł sobie na to ostatnie pozwolić światowej sławy bakteriolog prof. Odo Bujwid (1857–1942).

Wymagało odwagi publikowanie tekstu *Socjalizm wobec ustawy karnej* i przekonywanie, że socjalizm jest jedną z idei, dla państwa i społeczeństwa nieszkodliwą, nienaruszającą zakazów ustawy karnej, gdy w tym samym czasie inny profesor Uniwersytetu, ekonomista Włodzimierz Czerkawski wydał broszurę *Socjaliści czym są i do czego dążą*, gdzie z całą mocą swego akademickiego autorytetu przekonywał, że socjaliści są to dzikie zwierzęta, które z kobietą żyją jak psy, nie wierzą w Boga, wierzą za to w szatana itp.<sup>58</sup>.

Jeśli nawet profesorskiemu gronu te wywody wydawać się mogły nieco przesadne, to z pewnością podzielali poglądy publikowane na łamach konserwatywnego „Czasu”, który wyrok uniewinniający w procesie Waryńskiego i towarzyszy nazywał „klęską społeczną, polityczną i narodową” i biadał, że „najdziksze teorie przewrotu

<sup>58</sup> J. Buszko, *Spoleczno-polityczne oblicze Uniwersytetu Jagiellońskiego w dobie autonomii galicyjskiej (1869–1914)*, Kraków 1963, s. 62.

nie zostały potępione, a w osobach ich wyznawców są dziś uniewinnione. Deprymujący to, a nawet demoralizujący fakt<sup>59</sup>.

Poglądy konserwatywnej większości dobrze ilustruje stosunek rektora Tarnowskiego do Słowackiego, do którego miał pretensje o wiersz *Do autora trzech psalmów*, dedykowany Krasińskiemu. „Gdyby wtedy – grzmiał z wysokości katedry Tarnowski – Słowackiego bardziej skopano za ten wiersz, nie mielibyśmy dziś Daszyńskich”<sup>60</sup>. Tak w czasie wykładu odreagował rektor Tarnowski wybór Ignacego Daszyńskiego na posła do wiedeńskiej Rady Państwa.

Czytelny probierzem postaw i przekonań profesorów Uniwersytetu był ich stosunek do sprawy dopuszczenia kobiet do studiów.

W roku 1889 Wydział Lekarski dopuścił do studiów pierwszą kobietę, ale „w charakterze hospitantki”, czyli wolnego słuchacza, i nie dopuszczono do jej immatrykulacji. Argumentowano, że „dopuszczenie kobiet do studiów grozi wstrząsem w ustroju społecznym”<sup>61</sup>. Przeciwna dopuszczeniu kobiet do studiów była ambona, która jak zwykle w takich razach znalazła mnóstwo argumentów teologicznych, z których wynikało jasno, że kobiety studiować nie powinny. Przeciwna była większość konserwatywnie nastawionych profesorów.

W 1894 r., pięć Polek, studentek uniwersytetu w Genewie, złożyło podanie o przyjęcie na polski Uniwersytet w Krakowie. Odmówiono im. W tymże roku, absolwentka fizyki i matematyki na paryskiej Sorbonie Maria Skłodowska starała się o pracę na Uniwersytecie Jagiellońskim, przeprowadziła nawet wstępną rozmowę z dziekanem Augustem Witkowskim, ale odmówiono jej... ponieważ była kobietą. Ubieganie się kobiet o przyjęcie na studia stało się jednak tak powszechne, że senat postanowił zasięgnąć opinii w tej sprawie u wszystkich trzech świeckich wydziałów, tj. lekarskiego, prawa i filozoficznego. Większość profesorów Wydziału Lekarskiego powzięła uchwałę sprzeciwiającą się

<sup>59</sup> Cyt. za: E. Haecker, *Historia socjalizmu w Galicji i na Śląsku Cieszyńskim*, t. 1: 1846–1882, Kraków 1933, s. 242.

<sup>60</sup> J. Buszko, *op. cit.*, s. 53.

<sup>61</sup> *Ibidem*, s. 46.

dopuszczeniu kobiet do studiów lekarskich. Tylko ówczesny dziekan Napoleon Cybulski, znany z liberalnych poglądów, złożył do tej uchwały *votum separatum*, w którym przekonywał, że dopuszczenie kobiet do studiów będzie „wzyciem się w nowe dążności socjalne”<sup>62</sup>. Opierał się przyjęciu kobiet konserwatywny Wydział Filozoficzny. Pod naciskiem władz ministerialnych, w 1897 r. Wydział Lekarski, a w 1900 r. Wydział Filozoficzny zdecydowały się przyjmować na studia w charakterze słuchaczek zwyczajnych kobiety, które miały maturę austriacką<sup>63</sup>.

Najbardziej oporny był znany z konserwatyzmu Wydział Prawa. Dopiero w 1900 r. powołano w tej sprawie komisję pod przewodnictwem prof. Rosenblatta. Ten zaproponował uchwałę dopuszczającą kobiety do studiów na równych prawach z mężczyznami. Jednak wniosek Rosenblatta przepadł. Za wnioskiem, obok wnioskodawcy, głosowali jeszcze profesorowie Franciszek Kasperek i Juliusz Leo. Dołączył do nich dziekan Bolesław Ulanowski. Przeciw głosowali profesorowie: Fryderyk Zoll (starszy), Edmund Krzymuski, Józef Milewski, Ksawery Fierich, Antoni Górski, Włodzimierz Czerkawski<sup>64</sup>. Jednak na skutek perswazji władz wiedeńskich, kobiety do studiów prawniczych ostatecznie dopuszczono. Ciekawostką jest to, że dwaj profesorowie prawa karnego: Rosenblatt i Krzymuski, stanęli po raz pierwszy bodaj tak zdecydowanie przeciwko sobie. Nie wiadomo, czy te skrajnie odmienne stanowiska w sprawie dopuszczenia do studiów prawniczych kobiet poróżniły zgodnie dotąd współpracujących z sobą i dobrze się uzupełniających profesorów. Brak na to jakichkolwiek dowodów.

## Działalność w Radzie Miasta

Józef Rosenblatt był długoletnim krakowskim radnym miejskim. Na przełomie XIX i XX w. w kilkudziesięcioosobowej Radzie Miasta

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 46–47.

<sup>63</sup> *Ibidem*, s. 47.

<sup>64</sup> Archiwum UJ, WP II 82, Protokół posiedzenia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie z 20 lipca 1900 r.

Krakowa zasiadało z reguły kilku profesorów uniwersytetu. Radnymi byli m.in. profesorowie Odo Bujwid, Napoleon Cybulski, Stanisław Domański, Ksawery Fierich, Władysław Leopold Jaworski, Henryk Jordan, Franciszek Kasperek, Kazimierz Kostanecki, Juliusz Leo, Julian Nowak, Stanisław Pareński, Stanisław Ponikło, Bolesław Ulanowski, Fryderyk Zoll (młodszy). Z nich wszystkich Józef Rosenblatt radnym był przez najwięcej trzyletnich kadencji, nieprzerwanie od roku 1899 do śmierci w 1917. Zmieniały się w tym czasie kluby, orientacje i mody polityczne. Kształtował się dopiero ruch narodowy i socjalistyczny, które później najtrwalej podzieliły i zdominowały polską scenę polityczną. Rozbudowywano miasto, a wraz z tym zmieniało się jego oblicze społeczne. Ordynacja wyborcza przewidywała głosowania w kuriach („wielkiej własności”, „małej własności”, „wielkiego handlu” i „małego handlu”, „małego handlu i przemysłu”, „rękodzielników” i „inteligencji”). Wybierano z list przedstawionych przez komitety wyborcze rozmaitych, zmieniających się klubów i stronnictw. Jest rzeczą charakterystyczną, że Rosenblatt z zasady nie kandydował z tych samych konserwatywnych list, z których kandydowała większość jego kolegów profesorów. Od 1896 r. radnym był prof. Odo Bujwid, światowej sławy bakteriolog, społecznik o wyraźnie lewicowych poglądach, w dodatku mason, członek loży „Przesąd zwyciężony”. On to wraz z żoną Kazimierą, prekursorką feminizmu w Polsce, był współzałożycielem pierwszego prywatnego gimnazjum żeńskiego w Krakowie, otwierającego kobietom drogę na studia. Od 1902 r. radnym w Krakowie był Ignacy Daszyński, redaktor socjalistycznego „Naprzodu” i założyciel partii socjalistycznej w Galicji. Rosenblatt, jak się zdaje, w Radzie unikał skrajności, umiejętnie lawirował między konserwatystami a socjalistami, koncentrując się na problemach miasta i jego ludności, z dala od sporów ideologicznych, których, jak można sądzić, w Radzie było wówczas raczej niewiele. Jego postawę umiejętnego lawirowania między skrajnościami złośliwie komentowała prasa narodowa, przedstawiając jego sylwetkę jako ponownie wybranego do Rady<sup>65</sup>:

<sup>65</sup> Archiwum Narodowe w Krakowie, „Nowa Reforma” z 9 kwietnia 1908 r., R. XXVII, nr 165.

Prof. dr. Rosenblatt. Kepele. Ma dwa aliansy: z Alliance israelite i ze stańczykami, via Horowitz. Wyborny kryminalista – dowiedzie jak na dłoni, że nie złodziej ukradł zegarek, lecz, że złodziejowi ukradziono zegarek, lub, że zegarek ukradł złodzieja. Dlaczego nie jest do tej chwili posłem, niewiadomo; przypuszczają, iż przeszkadza mu jego wąż kieszeniowy. Mówca wyborny, polemista zawołany. Nie jest wolnomularzem, bo wystąpił przeciw karbonarom krakowskim. Bardzo sprytny polityk, bo przez socjalistów chce zostać wiceprezydentem. Co się nie udało z góry, może uda się z dołu.

Ten sam dziennik ubolewa, że po wyborach 1908 r., na 72 radnych aż 53 należy do „liberalno-żydowskiego bloku”, a Żydów w radzie jest aż 19 – i jest to „największa cyfra żydowskich rajców odkąd Kraków istnieje”<sup>66</sup>.

W protokołach posiedzeń Rady Miasta nie widać żadnej wyraźniej współpracy Rosenblatta ani z Daszyńskim, ani z socjalistami. Nie wiadomo, czy rzeczywiście doraźnie się z nimi dogadywał w sprawie pomocy w wyborze na wiceprezydenta ani nawet czy o to stanowisko w ogóle się ubiegał, czy to tylko insynuacje narodowców. Działalność Rosenblatta jako radnego nie doczekała się żadnego opracowania. Z przejrzenia bogatych materiałów archiwalnych dotyczących samorządu krakowskiego wynika jedynie, że na tym forum swych poglądów politycznych ani filozoficznych nie przedstawiał, bo też nie miał po temu powodów. Brak argumentów, które mogłyby potwierdzać jakikolwiek jego związek z socjalistami, poza wspomnianym wyżej epizodem, który nawet jeśli miał miejsce, o niczym by nie świadczył.

W pracach rady Rosenblatt kierował się, jak się wydaje, zdrowym rozsądkiem i pragmatyzmem. Nie był ani konserwatystą, ani socjalistą, ani tym bardziej narodowcem. Fakt, że przez tyle kadencji zasiadał w radzie, że był do niej wybierany, świadczy o tym, że był w Krakowie znany i ceniony. Żadne z odnotowanych jego wystąpień na forum rady nie ujawnia innej postawy niż otwartość, wspomniany pragmatyzm i liberalizm. Jedno z pierwszych jego wystąpień na posiedzeniu rady

---

<sup>66</sup> *Ibidem*.

dotyczyło zastąpienia tramwaju konnego elektrycznym<sup>67</sup>. Popierał rozszerzenie praw wyborczych mieszkańców miasta, umożliwienie kobietom dostępu do szkół i studiów<sup>68</sup>, wobec zgłoszonej rezolucji założenia w Krakowie miejskiego domu przymusowej pracy dla „opuszczonej dziatwy” zajął zdecydowanie przeciwne stanowisko, argumentując, iż wykazano brak wartości takowych zakładów, i wskazując równocześnie na tzw. wychowanie ochronne, bardziej perspektywiczne w sprawach opieki nad opuszczonymi dziećmi<sup>69</sup>.

W sumie, oceniając jego twórczość naukową, postawę jako profesora, adwokata i radnego, trzeba zaliczyć go w prawie karnym do prekursorów pozytywizmu, a w życiu zawodowym i publicznym do postępowych liberałów i pragmatyków.

Jak widać, niesłusznie zaliczany był zarówno do socjalistów, jak i do konserwatywnych przedstawicieli szkoły klasycznej w prawie karnym.

---

<sup>67</sup> Archiwum Narodowe, akta 1899. Także później, w 1910 r. aktywność Rosenblatta dotyczącą budowy linii tramwajowych dokumentują zapisy ówczesnych gazet, np. „Nowa Reforma” 1910, R. XXIX, nr 493, 499 podaje, iż to właśnie radny Rosenblatt przedstawiał projekt dodatkowej umowy gminy ze spółką tramwajową w sprawie budowy nowych linii tramwajowych.

<sup>68</sup> Archiwum Narodowe, akta 1899.

<sup>69</sup> „Gazeta Narodowa” z 20 czerwca 1910 r., nr 290, s. 1.



Magdalena Grzyb

Dr, Uniwersytet Jagielloński

## Prawo karne wobec konfliktu kultur

Wiek XX był wiekiem zmian – jedną z nich była transformacja w wyniku masowych migracji relatywnie homogenicznych dotąd społeczeństw zachodnich w społeczeństwa różnorodne, w których skład wchodzi obecnie grupy o odmiennym kulturowym, etnicznym i językowym rodowodzie. Państwa narodowe stały się różnorodne kulturowo i etnicznie.

Imigracja to dla społeczeństwa przyjmującego niewątpliwie wiele nowych możliwości, ale również problemów i wyzwań. Jako że w ostatnich dekadach większość imigrantów w krajach zachodnioeuropejskich przybyła z nieliberalnych społeczeństw Azji i Afryki, wartości kulturowe, które przywieźli ze sobą, podważyły styl życia i liberalne wartości panujące w społeczeństwach przyjmujących. Niemal wszędzie tam, gdzie pojawiali się imigranci, zaczęto dostrzegać również opresyjne tradycje kulturowe praktykowane przez niektóre grupy imigrantów.

Jednocześnie na fali zmian politycznych po II wojnie światowej i nowych trendów intelektualnych coraz liczniejsze mniejszości kulturowe zaczęły coraz śmielej (i coraz skuteczniej) domagać się uznania swojej odrębności w sferze publicznej oraz poszanowania sfery prywatnej. Wyłoniło się wiele praktycznych problemów: dochodziło do kolizji różnych wartości kulturowych, a mniejszości kulturowe rościły sobie prawo do specjalnego traktowania ze strony państwa. To z kolei zrodziło szereg etyczno-normatywnych dylematów, przed jakimi stanęły liberalne demokracje. Nie tylko zaczęto zastanawiać się nad kulturowymi granicami obywatelstwa – utożsamianego do

tej pory z przynależnością narodową – ale przede wszystkim przyszło zredefiniować najbardziej rudymentalne zasady ustroju liberalnego, jak wolność, równość jednostek i zasada rządów prawa, a także określić granice dopuszczalnej różnorodności.

Pojęciem, które miało oddawać istotę nowego porządku społecznego, jest wielokulturowość.

Głównym problemem wielokulturowości jest współistnienie odmiennych wartości w ramach jednego organizmu państwowego<sup>1</sup> opartego na zasadach demokracji, respektowania praw jednostki i równości wobec prawa, określanego też jako społeczeństwo otwarte. W praktyce jednak okazało się, że afirmacja różnic kulturowych w imię równości i tolerancji może czasem prowadzić do nierówności i dyskryminacji niektórych członków mniejszości, nie do zaakceptowania w demokratycznym, liberalnym i inkluzyjnym projekcie państwa.

Prawo, w tym również prawo karne, jest systemem norm, który ma za zadanie regulować, kształtować, ale przede wszystkim reagować na zmiany społeczne i nowe zjawiska zachodzące w sferze faktycznej. Nie powinno więc pozostać obojętne na nowe zjawiska i praktyki społeczne. Różnorodne tradycje i praktyki kulturowe, które pojawiły się w krajach zachodnich wraz z napływem grup imigrantów z byłych kolonii, Azji czy Afryki, weszły w obszar stosunków społecznych i zachowań regulowanych przez normy prawnokarne. Zrodziło się więc pytanie, czy w imię wielokulturowości mogą również zostać uwzględnione przez system prawa karnego, a jeśli tak, to w jaki sposób.

Pytanie, do jakiego stopnia należy je uwzględniać i czy w ogóle prawo karne może być elastyczne wobec różnic kulturowych, jest częścią szerszej debaty o normatywnej akomodacji wielokulturowości. Należy jednak mieć na względzie, że prawo karne jest gałęzią prawa inną od pozostałych i należy się tej specyfice osobna refleksja. Rozwiązania i założenia przyjęte w innych gałęziach prawa nie zawsze da się implementować na gruncie prawa karnego.

---

<sup>1</sup> W.J. Burszta, *Antropologia kultury. Tematy, teorie, interpretacje*, Poznań 1998, s. 151.

Istota kary jako głównego narzędzia, którym prawo karne się posługuje by realizować swoje cele, może okazać się niewspółmierna do postulatów wielokulturowości. Kara jest negatywną reakcją na akty bezprawia. Kara kryminalna to „orzeczone przez sąd w imieniu władzy politycznej intencjonalne potępienie wyrażone prawnie określoną osobistą dolegliwością”<sup>2</sup>.

Czy pochodzenie kulturowe może wpłynąć na którąś z okoliczności uwzględnianych przez sąd przy wymierzaniu kary? Wydaje się, że może okazać się relewantne – zwłaszcza gdy rozpatrywać motywację i sposób zachowania oraz właściwości i warunki osobiste sprawcy. Inną kwestią jest, do jakiego stopnia i czy sąd może to uwzględnić na korzyść czy na niekorzyść sprawcy. Jeśli sąd uzna, że stopień winy oskarżonego nie jest znaczny, z uwagi na socjalizację w innej kulturze, teoretycznie może złagodzić karę. Jednakże centralne pytanie wciąż pozostaje: czy byłoby to słuszne i zasadne.

Prawo karne w obliczu kontrowersyjnych praktyk kulturowych będących przejawem konfliktu wartości staje w obliczu pytań, czy karać oraz – jeśli tak – to jak karać. Kwestie te mogą być rozpatrywane na dwóch płaszczyznach: stanowienia prawa (tworzenia norm prawnokarnych, decyzji kryminalizacyjnych) oraz stosowania prawa (decyzji o użyciu norm prawnokarnych spośród innych gałęzi prawa oraz właściwej wykładni norm prawa karnego).

Przestępstwo kulturowe to czyn dokonany przez członka mniejszości kulturowej, który stanowi przestępstwo w systemie prawnym kultury dominującej. Tym niemniej ten sam czyn w grupie sprawcy jest tolerowany, akceptowany jako normalne zachowanie oraz aprobowany, a nawet popierany i uważany za odpowiedni w danej sytuacji<sup>3</sup>.

Koncepcja przestępstw motywowanych kulturowo jest nierozdzielnie związana z koncepcją obrony przez kulturę (*cultural defence*) rozwi-

<sup>2</sup> J. Utrat-Milecki, *Kara. Teoria i kultura penalna: perspektywa integralnokulturowa*, Warszawa 2009, s. 43.

<sup>3</sup> J. Van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2001, Vol. 9, Issue 1, s. 5.

niętą w krajach anglosaskich, a zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, w której jądro również stanowi zderzenie dwóch kultur i systemów normatywnych<sup>4</sup>. Obrona przez kulturę opiera się na założeniu, że osoba zsocjalizowana w innej kulturze, która normalnie żyje według norm swojej macierzystej kultury, nie powinna ponosić pełnej odpowiedzialności za czyny, które naruszają oficjalne normy prawne, jeśli są zgodne z nakazami jej kultury, słowem: stanowią przestępstwa motywowane kulturowo<sup>5</sup>. Tzw. elementy kulturowe mogą zostać uwzględnione w ramach istniejących instytucji prawa karnego służących złagodzeniu lub zwolnieniu z odpowiedzialności karnej (np. stan wyższej konieczności, prowokacji, ograniczonej poczytalności etc.), wtedy może chodzić o tzw. rzeczywistą lub nieformalną obronę przez kulturę. Część autorów postuluje jednak, by wprowadzić odrębną instytucję obrony przez kulturę do instrumentarium prawa karnego. Wtedy mówią o formalnej definicji obrony przez kulturę<sup>6</sup>.

Rodzi się pytanie: jak prawo karne i polityka karna w wielokulturowych i demokratycznych społeczeństwach powinny reagować na przestępstwa motywowane kulturowo?

Pytanie, które na gruncie ustrojowym brzmi, jak dostosować wielokulturowość współczesnych społeczeństw i różnorodność niewspółmiernych i kolidujących niekiedy systemów wartości do wymogów stabilności ustrojowej demokratycznego państwa prawa, na gruncie

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 28–29.

<sup>5</sup> Definicja opracowana na podstawie: P.J. Magnarella, *Justice in a Culturally Pluralistic Society: The Cultural Defense on Trial*, „Journal of Ethnic Studies” 1991, Vol. 19, s. 67; J.C. Lyman, *Cultural Defense. Viable Doctrine or Wishful Thinking*, „Criminal Justice Journal” 1986, Vol. 9, s. 88; C. Choi, *Application of a Cultural Defense in Criminal Proceedings*, „UCLA Pacific Basin Law Journal” 1990, Vol. 8, s. 81; A.J. Gallin, *Cultural Defense: Undermining the Policies against Domestic Violence*, „Boston College Law Review” 1994, Vol. 35, Issue 3, s. 723.

<sup>6</sup> Por. podobny podział u: S.M. Tomao, *Cultural Defense: Traditional or Formal*, „The Georgetown Immigration Law Journal” 1996, Vol. 10, Issue 2, s. 241–256.

prawa karnego przybiera postać pytania o słuszność: czy karanie członka mniejszości kulturowej według praw i norm kultury większościowej jest słuszne i zasadne?

Problem można przybliżyć poprzez analizę polityki państw europejskich wobec czynów uznawanych za przestępstwa motywowane kulturowo, tj. określone szkodliwe praktyki kulturowe (okaleczanie kobiecych genitaliów, zbrodnie honorowe i wymuszone małżeństwa) oraz dyskusji wokół obrony przez kulturę w Ameryce Północnej, a tym samym próbę odpowiedzi na pytanie, do jakiego stopnia przestępstwa motywowane kulturowo są przez ustawodawców i systemy prawa karnego poszczególnych krajów traktowane w sposób specjalny.

Szkodliwe praktyki kulturowe jako emblematyczny przykład przestępstw kulturowych są zjawiskiem, których analiza zdecydowanie wykracza poza obszar stosowania prawa karnego. Jest to problem społeczny i polityczny, który w ostatnich dwóch dekadach przykuł uwagę krajów zachodnioeuropejskich. Zwłaszcza w Europie należy go rozpatrywać jako część szerszego problemu miejsca imigrantów w nowym społeczeństwie i polityki integracyjnej<sup>7</sup>. Cała dyskusja publiczna i działania polityczne podejmowane wokół analizowanych przeze mnie praktyk są osadzone w kontekście dyskusji o tym, jak państwa europejskie mają traktować imigrantów i czego można, a czego należy wymagać od imigrantów w nowym kraju. Wszak prawo karne jest również „tylko” instrumentem polityki państwa. Jednym ze współczesnych fundamentów pojmowania prawa karnego i kary kryminalnej jest traktowanie prawa karnego jako *ultima ratio* polityki społecznej<sup>8</sup>. Analiza polityki wybranych krajów europejskich wobec problemowych (i problematycznych) praktyk kulturowych prowadzi do wniosku, że

<sup>7</sup> Zdecydowanie inaczej sprawa ma się z obroną przez kulturę w Stanach Zjednoczonych. Tam kwestia przestępstw kulturowych nie wyszła w zasadzie poza salę sądową i debatę akademicką. Dlatego też wydaje się, że obrona przez kulturę może być raczej uznana za problem karnopolityczny.

<sup>8</sup> K. Krajewski, *Kryminologiczne podstawy prawa karnego*, [w:] *System prawa karnego. Zagadnienia ogólne*, t. 1, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 124.

tak właśnie wiele krajów prawo karne pojmuję<sup>9</sup>. Tam jednak gdzie państwo ograniczyło swoją rolę w polityce społecznej, prawo karne może być głównym obszarem manifestacji fundamentalnych wartości oraz afirmacji ich obowiązywania.

W dalszej części wywodu skupię się tylko na problemie kryminalizacji okaleczania seksualnego kobiet oraz wymuszonych małżeństw w Europie – i dyskusjach, które toczą się nieprzerwanie od kilku lat.

Okaleczanie seksualne kobiet, znane też jako okaleczanie kobiecych genitaliów (*female genital mutilation*, FGM) stanowi poważne wyzwanie dla porządku normatywnego krajów europejskich. Obecnie nie ma już dyskusji i wątpliwości, czy FGM należy tolerować (np. medykalizować, jak to miało miejsce we Włoszech jeszcze na przełomie lat 80. i 90. albo w USA, dopóki nie przyjęto specjalnego prawa), czy zwalczać – lecz jak to zrobić najskuteczniej. Ustawodawca, aby zapewnić kobietom ochronę przed byciem poddaną takiej praktyce, może podjąć działania prewencyjne lub represyjne.

Działania prewencyjne mają na celu zapobieganie ewentualnym okaleczeniom. Mogą mieć wymiar systemowy (stworzenie utrudnień dla funkcjonowania tego zwyczaju) lub indywidualny (zapewnienie indywidualnym kobietom i dziewczynom ochrony). Natomiast środki represyjne polegają na odpowiedniej reakcji na już dokonane okaleczenia, która przy okazji powinna odstraszyć sprawców (tego samego lub ewentualnych) od podobnych czynów w przyszłości. Ustawodawca dysponuje szeregiem instrumentów mających kształtować ludzkie postawy i skłaniać jednostki do podejmowania zachowań pożądanych lub powstrzymywania się od zachowań niepożądanych. W przypadku działań represyjnych ustawodawca dysponuje przede wszystkim możliwością kryminalizacji niepożądanego zachowania. Wachlarz możliwych opcji normatywnych przy środkach prewencyjnych jest dużo szerszy.

W przypadku okaleczania narządów płciowych dziewczynek chodzi o następujące instrumenty prawne skierowane na ochronę potencjal-

---

<sup>9</sup> Doskonałym przykładem takiego podejścia jest debata wokół wymuszonych małżeństw w Wielkiej Brytanii.

nych ofiar. W pierwszej kolejności są to odpowiednie przepisy prawa rodzinnego dotyczące wykonywania opieki nad dziećmi i ograniczenia władzy rodzicielskiej, a dokładnie: możliwość interwencji państwa i w razie stwierdzenia zagrożenia poddania dziewczynki okaleczeniu – odebrania jej rodzicom. Następnie są to dyspozycje w prawie migracyjnym, tzn. uznanie ryzyka bycia poddaną okaleczeniu narządów płciowych w kraju pochodzenia za podstawę przyznania azylu w kraju europejskim. I wreszcie trzecim instrumentem, którym dysponuje ustawodawca, są przepisy dotyczące służby zdrowia i opieki społecznej oraz zwolnienie lekarzy z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej w razie odkrycia, że dziewczynka została poddana okaleczeniu lub wręcz nałożenie na pracowników służby zdrowia i opieki społecznej obowiązku informowania władz o odkrytych przypadkach.

Wśród krajów europejskich można zauważyć dwa podejścia do miejsca okaleczenia seksualnego kobiet w prawie karnym. Część krajów wybrała drogę legislacyjną i stypizowała tę praktykę jako odrębne przestępstwo. Pozostałe postanowiły ścigać FGM w ramach istniejących przepisów, przede wszystkim dotyczących ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, uszkodzenia ciała lub okaleczenia (droga sądowa). To drugie podejście jest dominujące, większość krajów zdecydowała się nie tworzyć nowego typu czynu zabronionego odpowiadającego opisem znamion omawianej praktyce.

Chociaż więc praktyka sama w sobie realizuje znamiona typów zabronionych, jej efektywne wykorzenienie wymaga podejścia globalnego i użycia instrumentów prawnych spoza pola prawa karnego. Prawo karne powinno być *ultima ratio* i przede wszystkim wspierać działania podejmowane przez ustawodawcę na innych obszarach, mające na celu walkę z danym zwyczajem za pomocą innych, nierepresyjnych środków. Niewątpliwie jednak rola norm prawnokarnych, a zwłaszcza stosowania ich wobec sprawców, w przypadku zwalczania FGM pozostaje kluczowa.

Decyzja ustawodawcy o skryminalizowaniu okaleczenia genitaliów kobiet w odrębnym przepisie prawnym automatycznie przenosi dysku-

się o „obrzezaniu kobiet”, wartościowaniu tej praktyki i w ogóle miejscu kontrowersyjnych praktyk kulturowych w nowoczesnym kraju europejskim z sali sądowej do parlamentu i czyni z niej debatę polityczną. Staje się ona częścią dyskusji o kształcie i granicach wielokulturowości i miejscu imigrantów i ich zwyczajów w nowym kraju – jego dotychczasowym porządku i systemie aksjonormatywnym. Zdejmuje się tym samym z barków sądów ciężar oceny, czy praktykę należy tolerować, czy nie. Sądy są tylko „ustami ustawy” i ich rola ogranicza się do nałożenia odpowiedniej sankcji. Decyzja taka może też służyć edukacji prawnej imigrantów – pod warunkiem, że informacja o prawie będzie dla nich dostępna. Z jednej strony wprowadzenie specjalnego przepisu może oddemonizować kwestię, lecz z drugiej – należy się zastanowić, czy interwencja ustawodawcy i ustanawianie specjalnego typu czynu zabronionego dla tradycji praktykowanej tylko przez wąską grupę ludzi (na dodatek mniejszości etnicznych) i całkowicie obcej większości społeczeństwa jest dobrą i właściwą polityką legislacyjną<sup>10</sup>.

Pytanie wydaje się tym bardziej zasadne, gdy weźmie się pod uwagę praktykę stosowania (lub właśnie niestosowania) tych przepisów w wybranych krajach europejskich. We wszystkich krajach, które skryminalizowały okaleczanie żeńskich narządów płciowych, za wyjątkiem pojedynczych przypadków, prawie w ogóle nie było skazań za tego typu czyny. Istnieje więc duże ryzyko, że taka kryminalizacja może mieć charakter symboliczny lub emocjonalny i bez innych kroków podjętych przez władze niekoniecznie będzie prowadziła do skuteczniejszej eliminacji zjawiska albo automatycznej poprawy ścigania tego typu czynów. Przykład Wielkiej Brytanii wyraźnie ilustruje taką sytuację.

W przypadku wymuszonych małżeństw, które są wszak nowym typem zachowania i nie zawsze realizują znamiona istniejących typów czynów, kraje musiały przede wszystkim odpowiedzieć, czy należy w ogóle tę praktykę kryminalizować. Wymuszone małżeństwa są problemem zahaczającym o wiele dziedzin prawa: przede wszystkim

---

<sup>10</sup> G. Giudicelli-Delage, *Excision et droit pénal*, „Droit et Cultures” 1990, Vol. 20, s. 209.



cywilnego, ale też międzynarodowego prywatnego oraz migracyjnego/azyjowego i o przyznaniu obywatelstwa.

Praktyka oraz jej rozpowszechnienie wśród mniejszości kulturowych przybyłych w ostatnich dekadach do Europy skłoniły wiele krajów zachodnioeuropejskich do rozważenia, jakimi środkami prawnymi najskuteczniej przeciwdziałać temu zjawisku i czy do tych środków należy również zaliczyć represję karną. Można powiedzieć, że wśród europejskiej opinii publicznej i polityków pojawiło się w ostatnich latach, poniekąd na skutek medialnego nagłośnienia kilku drastycznych historii młodych dziewczyn zmuszanych do małżeństwa lub ofiar morderstw honorowych<sup>11</sup>, swojego rodzaju ciśnienie kryminalizacyjne, czyli silnie przekonanie o karygodności tego rodzaju czynów<sup>12</sup>.

Wymuszone małżeństwa, nawet jeśli niestypizowane jako odrębne przestępstwo, mogą być ścigane na podstawie innych, bardziej ogólnych typów przestępstw, zwłaszcza jeśli dochodzi o stosowania przemocy wobec ofiary. W grę wchodzi takie przestępstwa jak: gwałt, usiłowanie gwałtu, fizyczna i psychiczna przemoc, przemoc seksualna, dokonanie uszczerbku na zdrowiu, napaść, przemoc domowa, groźby bezprawne lub karalne, porwanie, bezprawne pozbawienie wolności, naruszenie wolności lub nietykalności cielesnej etc. Oznacza to, że nawet jeśli nie

<sup>11</sup> W Norwegii takimi sprawami były wywiad z Samią oraz historia Nadii, z kolei Wielka Brytania w latach 90. XX w. oraz 2000. była elektryzowana historiami Rukhsany Naz, Yeshe Yones i Banaz Mahmod. Informacje o morderstwie Rukhsany Naz m.in. w: A. Gill, *Reconfiguring 'honour'-based violence as a form of gendered violence*, [w:] *Honour, Violence, Women and Islam*, ed. by M.M. Idriss, T. Abbas, New York 2011, s. 222; *Honour term appeal rejected*, BBC News, 20 December 2007, [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/england/derbyshire/7154528.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/derbyshire/7154528.stm) [dostęp: 20.06.2012]; *Mother murdered pregnant daughter*, The Independent, 26 May 1999, <http://www.independent.co.uk/news/mother-murdered-pregnant-daughter-1095933.html> [dostęp: 20.06.2012]; J. Payton, *Collective crimes, collective victims. A case study of the murder of Banaz Mahmod*, [w:] *Honour, Violence, Women...*, s. 67–79; por. S. Thapar-Björkert, *Men and honour-related violence in the UK and Sweden*, [w:] *Honour, Violence, Women...*, s. 185.

<sup>12</sup> Por. L. Gardocki *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 24.

ma w ustawodawstwie karnym przestępstwa wymuszonego małżeństwa, czyny te, jeśli trafią przed oblicze wymiaru sprawiedliwości, nie muszą pozostać bezkarne. Tym niemniej jednak istniejące czyny nie w pełni pokrywają wszystkie znamiona praktyki wymuszonych małżeństw i bardziej subtelnych form wywierania nacisku. Wymuszone małżeństwa spośród trzech omawianych w niniejszej pracy praktyk kulturowych, z uwagi na złożoność znamion strony podmiotowej, jak i przedmiotowej czynu, w najmniejszym wpisują się w ramy istniejących typów przestępstw.

W moim przekonaniu istnieją poważne powody przemawiające za kryminalizacją wymuszonych małżeństw, przy jednoczesnym braku poważnych przeszkód. Oczywiście jednak jest, że sama kryminalizacja nie doprowadzi do eliminacji tej praktyki. Należy się zgodzić w tym miejscu z Lechem Gardockim, że

decydujące znaczenie w takich sytuacjach powinny mieć pozaprawne środki oddziaływania na funkcjonujące w społeczeństwie normy moralne, w szczególności lansowanie innej moralności i obyczajowości, ale w przypadku, gdy chodzi o zachowania wyraźnie społecznie szkodliwe – nie należy rezygnować z oddziaływania metodami właściwymi prawu karnemu<sup>13</sup>.

Analiza wybranych konfliktów kulturowych i reakcji na nie w krajach zachodnich pozwala również na zaobserwowanie, w jaki sposób przebiega (lub może przebiegać, wszak dopuszczalne są inne warianty) proces wytwarzania norm we współczesnych zachodnich demokracjach liberalnych, zwłaszcza norm prawa karnego w odpowiedzi na określony problem społeczny. Proces kryminalizacji okaleczania seksualnego kobiet, walki z wymuszonymi małżeństwami czy zbrodniami honorowymi zasadniczo odbywał się według następującego schematu: problem – rejestracja – upublicznienie problemu – debata publiczna – polityzacja – podjęcie działań.

Polityzacja problemu pociąga za sobą szereg konsekwencji. Przede wszystkim oznacza, że działania podjęte z poziomu władzy centralnej

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 195.

będą miały charakter skoordynowany, celowy i zaplanowany. Władza wykonawcza, instytucje publiczne realizujące politykę państwa: agendy opieki społecznej, służba zdrowia, organy wymiaru sprawiedliwości (prokuratura), będą miały jasno określone wytyczne, jak zapobiegać, wykrywać, reagować i traktować przypadki. Co więcej, oznacza to również, że władza może (i często tak robi) zdecydować się na wprowadzenie zmian legislacyjnych *stricte* odnoszących się do danej praktyki. Rozwiązanie problemu społecznego odbywa się więc na poziomie ustawodawczym. Niekoniecznie oznacza to, że ustawodawca zdecyduje się użyć norm prawnokarnych. Decyzja o podjęciu ewentualnych działań legislacyjnych, a zwłaszcza kryminalizacyjnych, jest poprzedzona często konsultacjami społecznymi lub eksperckimi, jak to miało miejsce we Francji czy Holandii, gdy rozważano, czy tworzyć odrębny typ przestępstwa (FGM), oraz Wielkiej Brytanii, gdzie z kolei debatowano nad wymuszonymi małżeństwami.

Należy podkreślić, że w przypadku analizowanych przeze mnie praktyk kulturowych najczęściej problemem nie jest formalne czy ustawowe przyzwolenie na maltretowanie kobiet w grupach mniejszościowych w imię tradycji, ale polityka władz i praktyka funkcjonowania instytucji publicznych nieingerująca w wewnętrzne sprawy grupy lub selektywnie stosująca powszechnie obowiązujące normy i w praktyce dopuszczająca i utrwalająca takie praktyki.

Publiczne zainteresowanie analizowanymi praktykami w wielu krajach nastąpiło po roku 2000. Wcześniejsza obojętność władz publicznych wobec problemów i opresji najsłabszych członków grup imigranckich i zasada nieingerencji, były wypadkową publicznego dyskursu o „kulturze” i tożsamości kulturowej, braku świadomości wagi problemu, niechęci do ingerencji w wewnętrzne sprawy grup i klimatu poprawności politycznej panującego wśród decydentów i w mediach. Doprowadziło to do sytuacji, w której pracownicy służb socjalnych czy Policji obawiali się ingerować w wewnętrzne sprawy grup imigrantów, bali się o tym nawet mówić, w obawie przed posądzeniem o rasizm. Prawidłowość tę zauważono w większości krajów.

Niewątpliwie taka zmiana podejścia i zainteresowanie się problemem przez polityków europejskich nie było podyktowane wyłącznie troską o los kobiet, ale wpisuje się w wyraźnie zauważalny szerszy trend odwrotu krajów zachodnioeuropejskich od polityki wielokulturowości, zmiany dyskursu publicznego na temat imigracji i miejsca imigrantów w społeczeństwach przyjmujących w stronę „integracji obywatelskiej” (*civic integration*), bardziej rozumianej jako asymilacja i spójność społeczna (kohezja)<sup>14</sup>.

Rzeczywistość każdego z analizowanych krajów europejskich pokazała, że esencjalizowanie „kultury”, celebrowanie różnicy kulturowej i polityki tożsamości oraz pozwalanie imigrantom na kultywowanie ich odmienności na marginesie społeczeństwa przyjmującego prowadzi nie do ich dowartościowania i włączenia na zasadzie równego traktowania i uznania ich odrębności, ale dokładnie odwrotnie: doprowadziło to do ich dalszej alienacji oraz społecznej i ekonomicznej marginalizacji.

Nasuują się też pewne refleksje na temat roli prawa karnego w rozwiązywaniu i regulowaniu konfliktów kulturowych.

Po pierwsze, to w drodze debaty publicznej dyskutowano, czy można relatywizować obowiązywanie norm prawa karnego dla poszczególnych członków społeczeństwa. Była to najczęściej nie abstrakcyjna dyskusja, ale reakcja na konkretne zdarzenia lub trwającą już od lat praktykę instytucji publicznych, w tym organów wymiaru sprawiedliwości. Rezultatem takich debat w każdym z badanych krajów było ustalenie obiektywności pewnych zakazów czy nakazów o charakterze prawnokarnym w tym sensie, że ich treść ma wiązać bez względu na różnice kulturowe<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Por. Ch. Joppke, *The Retreat of Multiculturalism in the Liberal State: Theory and Policy*, „British Journal of Sociology” 2004, Vol. 55, Issue 2, s. 237–257; idem, *Beyond National Models: Civic Integration Policies for Immigrants in Western Europe*, „West European Politics” 2007, Vol. 30, s. 1–22.

<sup>15</sup> Por. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne: filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009, s. 396–397.

Punktem zwrotnym w dyskusji nad każdą analizowaną przeze mnie praktyką była zmiana perspektywy: odejście od wyłącznego analizowania stanu psychicznego sprawcy, wpływu otoczenia i tego, na ile jego normy kulturowe nim kierują i na ile mamy je uwzględniać, a zwrócenie uwagi na krzywdę i cierpienie ofiary oraz niepokojące (dla kobiet – potencjalnych ofiar) konsekwencje tolerowania takich praktyk w samej Europie – a w końcu dostrzeżenie, że nieprzeciwdziałanie takim praktykom jest sprzeczne z fundamentalnymi wartościami, prawami człowieka i normami konstytucyjnymi demokracji zachodnich.

Po drugie, w niemal wszystkich badanych przypadkach uczestnicy debat, w tym politycy, traktowali prawo karne wyłącznie jako jeden z instrumentów polityki społecznej i instrument regulacji/zmiany zachowań. Co więcej, bynajmniej nie podstawowy, do którego władze uciekały się w pierwszej kolejności. Nawet agendy wyspecjalizowane i należące do systemu sprawiedliwości karnej, jak Policja czy prokuratura (Holandia, Wielka Brytania), w swoich działaniach skupiały się nie tyle na ściganiu i należyтым karaniu sprawców (aczkolwiek nie pomijały i tego aspektu), ile na działaniach prewencyjnych, skutecznym identyfikowaniu sytuacji zagrożenia i potencjalnych ofiar.

Po trzecie, okazuje się, że jeśli chce się zwalczać daną praktykę, czysta kryminalizacja nie wystarcza, potrzeba innych środków i woli politycznej, zwłaszcza jeśli chodzi o praktyki trudne do wykrycia, gdy ofiary są blisko związane ze sprawcami, więc nie można liczyć, że to one będą źródłem informacji o przestępstwie. Kryminalizacja danej praktyki, która nie pociąga za sobą skutecznego jej ścigania i karania sprawców, nie tylko prowadzi do inflacji prawa, obniżenia jego autorytetu, ale przede wszystkim absolutnie nie wystarcza, by daną praktykę wyeliminować albo nawet uznać, że państwo ją potępia i zwalcza. Należy więc zaplanować, przewidzieć, w jaki sposób organy ścigania będą mogły rejestrować informacje o popełnianiu danych czynów.

Reakcja krajów zachodnich na szkodliwe praktyki kulturowe w ostatnich latach pokazała, że na poziomie politycznym upublicznienie i polityzacja najbardziej drastycznych praktyk kulturowych

szkodliwych wobec kobiet staje się polem, na którym państwo chce udowodnić swoją skuteczność i symbolicznie zaakcentować obowiązujący system wartości, odpowiednio i należycie stanowczo reagując. Poprzez napiętnowanie danej praktyki państwo (społeczeństwo przyjmujące) chce zmanifestować granice swojej tolerancji wobec „inności” oraz wkroczyć, podjąć interwencję i tym samym pokazać, że władza państwowa rozciąga się również na obszary (sfery, grupy ludzi) do tej pory traktowane odmiennie. Jest to więc niewątpliwie wyraz renegocjacji, przeformułowania dotychczas obowiązującego – wyraźnie lub w sposób dorozumiany – *modus vivendi* mniejszości z większością.

Zdecydowane i jednoznaczne potwierdzenie bezwzględnej nadrzędności elementarnych praw człowieka, zwłaszcza wobec kobiet, mogłoby się wydać komuś banalne i zbyt oczywiste, zwłaszcza w Europie XXI w., jednakże okoliczności wyraźnie pokazują, że jednak nie jest ona tak oczywista: ideologia wielokulturowości ufundowana na relatywizmie kulturowym właśnie uniwersalność i niezbywalność niektórych praw człowieka poważnie podaje w wątpliwość.

Na płaszczyźnie prawa karnego i polityki kryminalnej analiza reakcji państw zachodnich na przestępstwa motywowane kulturowo oraz debata wokół obrony przez kulturę wyraźnie dowodzi prawdziwości zarzutów kryminologii krytycznej formułowanych w stosunku do systemu prawa karnego: prawo karne nie chroni w równy sposób wszystkich grup społecznych. Czyny, które dotyczą tylko kobiet, stosunkowo późno zostały stypizowane w kodeksie karnym jako samodzielne typy przestępstw. Podstawowe dobra prawne kobiet przez długi czas nie były chronione przez prawo karne. Jeszcze dłużej spod ochrony systemu prawa karnego były wyłączone kobiety należące do mniejszości etnicznych. System prawa karnego opieszale uwzględnia głosy niektórych grup społecznych, które nie posiadają wystarczającej władzy społecznej i nie są słyszalne, ani też nie zapewnia jednakowej ochrony dóbr prawnych wszystkim ludziom<sup>16</sup>. Kultura, tradycja czy religia nie mogą w moim przekonaniu stanowić podstawy odmowy

<sup>16</sup> E. Larrauri, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid 2007, s. 69–70.

przez państwo (i prawo karne) zapewnienia kobietom ochrony ich podstawowych dóbr prawnych.

Prawo karne w demokratycznych i liberalnych społeczeństwach w warunkach wielokulturowości powinno być gwarantem obowiązywania konsensusu co do równej i niedyskryminacyjnej ochrony najważniejszych dóbr prawnych wszystkich członków społeczeństwa, bez względu na pochodzenie etniczne czy płeć. Gdy idzie o naruszenia fundamentalnych w krajach demokratycznych i liberalnych wartości ustrojowych, jak prawo do życia, wolność lub godność, członkowie mniejszości kulturowych powinni podlegać obowiązującym i ustanowionym przez grupę większościową normom prawnym. W przeciwnym wypadku może dojść do relatywizacji obowiązywania najważniejszych norm i naruszenia fundamentalnych praw człowieka, a to stoi w rażącej sprzeczności z pryncypiami ustroju demokracji liberalnej i państwa prawa.

Reakcja państwa na szkodliwe praktyki kulturowe nie powinna się jednak ograniczać wyłącznie do nakładania odpowiednich sankcji karnych. Prawo karne jest *ultima ratio* i wykorzenienie szkodliwych praktyk kulturowych częstokroć można osiągnąć za pomocą instrumentów polityki społecznej, sankcji nierepresyjnych lub regulacji innych gałęzi prawa. Sankcje karne powinny wzmacniać realizację celów polityki społecznej państwa. Równość wobec prawa i podstawowe prawa człowieka powinny być zdecydowanie nadrzędnymi wartościami przy rozwiązywaniu konfliktów kulturowych, z jakimi stykają się kraje zachodnie.

Akcentowanie zasady równości płci, (względne) równouprawnienie kobiet oraz wzmocniona ochrona kobiet przed przemocą, zwłaszcza jej najbardziej drastycznymi przejawami, być może stały się emblematem zachodnich demokracji, który pod względem aksjologicznym ma stanowić jeden z fundamentów zachodniego porządku społecznego oraz wyraźnie zaznaczać „limit naszej tolerancji” (oznaczać terytorium liberalnego porządku).





Monika Płatek

Dr hab., prof. Uniwersytetu Warszawskiego

# Kryminologia feministyczna w dobie postmodernizmu

## Wprowadzenie

„Uwiodłem portugalską kurwę z Brazylii, ale bez wielkiej przyjemności. Dwa trepangi, po czym odechciało mi się. Straszne jest moje życie”<sup>1</sup> (S.I. Witkiewicz, 1.10.1914).

Jest w tym wyznaniu w liście Stanisława Ignacego Witkiewicza do Bronisława Malinowskiego niezwykle literackie piękno, i zwykły kamuflaż. Mistrz autorefleksji i autopoznania nie uniknął autozakłamania. Z podziwem dla mistrza pióra dostrzec trzeba, że jeśli Witkacy uwiodł kobietę, która nie świadczyła usług seksualnych, i dlatego wziął ją za „kurwę”, to znaczy, że ten, co uchodzić chciał za wyłamującego się konwencji i opiniom gawiedzi, z gawiedzią był mentalnie splątany i za pan brat. Jeśli jednak Portugalka w Brazylii zawodowo świadczyła usługi seksualne, to znaczy, że był Witkacy kiej i dał się zwieść pozorom.

Chętnie uwierzył, że to on i jego urok, a nie portfel i kasa mają powab, który ugina kolana i rozchyla uda. Artysta zapodział swą intuicję i zdradził duszę. Odesłał ją precz, przeocząc kunszt i profesjonalizm pozorującej uwiedzenie. On wziął to za dobrą monetę; ona wzięła monetę. Nie wiemy, ile miała lat. Gdyby była młoda, młodością przeddorosłą, dzieckiem, co ma więcej niż 15, ale wciąż mniej niż lat

---

<sup>1</sup> S.I. Witkiewicz, *Listy*, t. 1, Warszawa 2013, s. 389.

18, to opisana historia oznaczałaby, że doszło do wykorzystania dziecka do prostytucji. Prawnie wyznaczony wiek zgody upoważnia dziecko do relacji seksualnych – nadal nie zwalnia państwa z ochrony dziecka przed wykorzystaniem seksualnym. Stosunki seksualne z osobą poniżej lat 15 są współcześnie ścigane z art. 200 k.k. Stosunki seksualne z dzieckiem po ukończeniu lat 15 nadal pozostają przestępstwem, jeśli wiąże się z wykorzystaniem dziecka do prostytucji. Wykorzystanie dziecka do prostytucji polega na kupowaniu usług seksualnych, w których bierze udział osoba, która nie ukończyła 18 lat. Klient, który uprawia seks z dzieckiem, które ukończyło lat 15, wykorzystuje dziecko do prostytucji.

Witkac, sto lat temu, mógł mieć problem ze zrozumieniem tego. Nie inaczej jest jednak z polską doktryną i orzecznictwem i dziś. Klient jak w powiedzonku „klient nasz pan” po pańsku panoszy się wszędzie, ale skrzętnie chroniony jest przed policją, prokuratorem i sądem także wtedy, gdy seksualnie wykorzystuje dziecko, które ukończyło lat 15. Także Sąd Najwyższy miał trudność z rozpoznaniem, że i w świetle kodeksu karnego z 1997 r., już w 1997 r., mając na uwadze rzymską zasadę interpretacji prawa *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* – ustawy winny być interpretowane zgodnie z ich duchem, wykorzystywanie dzieci do prostytucji stanowiło przestępstwo<sup>2</sup>. W Polsce przeważała opinia, iż nie jest to uregulowane i wymaga interwencji ustawodawcy. Wprowadzone w 2014 r. w art. 199 §3 k.k. zmiany czynią zadość temu stanowisku. *Expressis verbis* zapisano, iż kupowanie stosunków seksualnych od dziecka jest przestępstwem: „kto obcuje z małoletnim [...] udzielając w zamian korzyści majątkowej

---

<sup>2</sup> Artykuł, w którym opisałam ten problem, nie został przyjęty do „Państwa i Prawa”, ponieważ nie zgodziłam się napisać, że chodzi tu o lukę w prawie. Jest opublikowany w: M. Płatek, *Odpowiedzialność karna klienta wykorzystującego dziecko do prostytucji. Artykuł 203 k.k. w świetle Konwencji o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. J. Błachut *et al.*, Warszawa 2012, s. 1259–1277.

lub osobistej albo jej obietnicy”<sup>3</sup>. Tymczasem sytuacja ta jest czytelna już na gruncie art. 199 §1 k.k. („Kto, przez wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza osobę do obcowania płciowego”) i art. 203 k.k. („Kto wykorzystując krytyczne położenie, doprowadza inną osobę do uprawiania prostytucji”). Sposób odczytania i interpretowania pojęcia „krytycznego położenia” i „doprowadzania” tak, by wykluczało odpowiedzialność klienta, nie jest przypadkowy i jest błędny. Klóci się z systemową deklaracją ochrony dziecka przed wykorzystaniem seksualnym. Mieści się natomiast w błędnym nierozróżnianiu osiągnięcia wieku zgody i pełnoletniości, która eliminuje karalność seksualnego wykorzystania dziecka. Kryminologia feministyczna, korzystając także z dorobku postmodernizmu, przybliży proces powstawania tej strefy niedopatrzenia, niewiedzy, luki – pozornie wynikającej z obojętności, pozostającej niejako poza świadomością ustawodawcy i organów ścigania. Z kolei przykład wykorzystania dziecka, które ukończyło lat 15, do prostytucji jest dobrą ilustracją tego, czym, wśród innych teorii, wyróżnia się i charakteryzuje kryminologia feministyczna doby postmodernizmu.

Artykuł przybliży znaczenie postmodernizmu, kryminologii feministycznej i jej szczególnego postmodernistycznego ujęcia na tle problemu odpowiedzialności klienta za wykorzystanie dziecka do prostytucji zarówno w świetle art. 199 k.k., jak i art. 203 k.k.

Nie chodzi tu o naciąganie i naginanie toku myślenia; raczej o prezentację możliwości dyskursu, jaki dostarcza kryminologia feministyczna i dorobek postmodernizmu. Wydaje się, że potrzeba zarówno kryminologii feministycznej, jak i charakterystycznej dla postmodernizmu techniki dekonstrukcji pojęć i podejść, by zmierzyć się – także na gruncie polskich przepisów prawa karnego i praktyki karnej – z odpowiedzialnością klienta za wykorzystanie dziecka do prostytucji, tj. podmiotowym zakresem zastosowania i stosowania art.

---

<sup>3</sup> Patrz zmiana treści art. 199 §3 k.k. w brzmieniu ustalonym przez ustawę z 4 kwietnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 538). Zmiana weszła w życie 26 maja 2014 r.

199 k.k. i 203 k.k.<sup>4</sup>. Stosowne wykorzystanie doświadczenia kryminologicznego i postmodernistycznej kryminologii feministycznej ułatwia rozwikłanie tego problemu tak, by ingerencję ustawodawczą czynić bezprzedmiotową. Stąd też sensowne wydaje się bliższe przyjrzenie się pojęciom i koncepcji.

## Relacja między prawem karnym a kryminologią

Istnieje spór, czy kryminologia jest nauką pomocniczą w stosunku do prawa karnego, czy też ma być samodzielny<sup>5</sup>. Znacznie istotniejsze od sporów o odrębność kryminologii zdaje się dostrzeżenie, co nie zawsze ma miejsce, pozytywnej wartości, jaką kryminologia dostarcza dla trafności analiz dogmatycznych prawa karnego<sup>6</sup>. Kryminologia jest bowiem tą gałęzią wiedzy, która dostarcza praktycznej perspektywy, wypełniając abstrakcyjne konstrukty dogmatyki prawa karnego treścią zdarzeń poddawanych ocenie organów ścigania<sup>7</sup>.

Na rodzimym gruncie dotyczy głównie systematyzacji wiedzy<sup>8</sup>. I tak np. gdy Leon Tyszkiewicz obstaje zdecydowanie przy samodzielności tej

---

<sup>4</sup> Analiza ustawodawstwa i orzecznictwa do art. 199 §3 k.k. i art. 203 k.k. wykonana została w ramach badań statutowych WPiA UW „Przeciwdziałanie wykorzystywania dzieci do prostytucji w świetle art. 199 §3 i art. 203 kodeksu karnego. Zagadnienia dogmatyczne, karno-porównawcze i praktyka orzecznicza”.

<sup>5</sup> I. Loader, R. Sparks, *Criminology's Public Roles: A Drama in Six Acts*, [w:] *What is Criminology?*, ed by M. Bosworth, C. Hoyle, Oxford 2012, s. 17–34; M. Płatek, E. Pływaczewski, *XV światowy Kongres Kryminologii (Barcelona, 20–25 VII 2008)*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 6 (760), s. 127–130.

<sup>6</sup> L. Sherman, *The Use and Usefulness of Criminology, 1751–2005*, „The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science” 2005, nr 1, s. 115–135.

<sup>7</sup> Nie ma wątpliwości, że kryminalistyka spełnia wobec prawa karnego zadania usługowe, co nie przeszkadza jej być bujnie rozwijającą się dziedziną wiedzy.

<sup>8</sup> Bardziej zdywersyfikowany sposób prezentacji dziedziny przedstawiają m.in. J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 1999, s. 23–32.

dziedziny<sup>9</sup>, Andrzej Gaberle zdaje się skłaniać ku opcji zaliczającej kryminologię do nauk pomocniczych nie tylko dla prawników-karnistów, ale także dla ekspertów z zakresu medycyny sądowej<sup>10</sup>. Gdzie indziej dyskurs dotyczy głównie skutków przypisania relacji kryminologii do czy poza obszar prawa karnego<sup>11</sup>. Uczestnicy dialogu podzielają refleksję wyrażoną przez sir Leona Radzinowicza<sup>12</sup>. Twórca, rodem z Polski, brytyjskiej szkoły kryminologii zwrócił uwagę na brak relacji między wiedzą dostarczaną przez kryminologów a polityką karną kształtowaną przez polityków. Kryminologia, jego zdaniem, dostarcza wiedzy, która głównie jest ignorowana, a gdy uwzględniana, wykorzystywana jest często instrumentalnie<sup>13</sup>. Przeoczone jest to, co niewygodne – a wybiórczo przywoływane są dane sprzyjające temu, co Anthony Bottoms określił mianem populizmu penalnego<sup>14</sup>.

Poczucie więc, że wiedza kryminologiczna jest używana zdawkowo i niekoniecznie zgodnie z przesłaniem płynącym z badań empirycznych i teoriami tłumaczącymi przestępczość i dewiację, łączy adwersarzy w sporze o miejsce kryminologii w systematyce nauk. Łączy ich także, równie wśród nich powszechne, traktowanie prawa i kryminologii jako

<sup>9</sup> Patrz L. Tyszkiewicz, *O niektórych ogólnych problemach kryminologii i znaczeniu paradygmatu humanistycznego*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. XXXI, s. 61–63.

<sup>10</sup> A. Gaberle, *Kryminologia (dylematy i poszukiwanie rozwiązań)*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1996, nr 4, s. 243–252.

<sup>11</sup> D. Garland, R. Sparks, *Criminology, Social Theory and the Challenge of Our Times*, „British Journal of Criminology” 2000, nr 40, s. 189–204.

<sup>12</sup> L. Radzinowicz, *Adventures in Criminology*, London 1999, s. 469: „What I find profoundly disturbing is the gap between «criminology» and «criminal policy», between the study of crime and punishment and the actual mode of controlling crime [...]. The stark fact stands out that, in the field of criminal justice, in spite of the output of criminological knowledge, a populist political approach holds sway”.

<sup>13</sup> L. Sherman, *op. cit.*

<sup>14</sup> A. Bottoms, J. Tankebe, *Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 2012, Vol. 102, Issue 1, s. 120–170.

w miarę jednolitej materii, może nie tyle poza czasem i przestrzenią, ale zdecydowanie poza zróżnicowaniem ról społecznych i czynnikami, które je różnicują. Najczęściej więc abstrahują od zróżnicowania wynikającego z tego, co Pierre Bourdieu nazywa *habitusem*<sup>15</sup>, a Charles Taylor – symbolicznym polem społecznego *imaginarium*<sup>16</sup>. Różnice, czasami odnotowywane, gdy w grę wchodzi status ekonomiczny, rasa

<sup>15</sup> P. Bourdieu, *Medytacje pascaliańskie*, tłum. K. Wakar, Warszawa 2006, s. 22: „Specyficzna logika danego pola ustanawia się przez wcielenie i przyjmuje postać specyficznego habitusu, czyli mówiąc ściślej, pewnego kierunku gry, zwykle zwanego «duchem», czy «zmysłem» («filozoficznym», «literackim», «artystycznym» itp.), który w praktyce nigdy nie jest wyraźnie ustanowiony ani narzucony”; idem, *Rozum praktyczny. O teorii działania*, tłum. J. Stryczyk, Kraków 2009, s. 18: „Habitus jest twórczą i jednoczącą zasadą, która przekłada wewnętrzne, relacyjne cechy pozycji na jednolity styl życia, to znaczy spójny zespół wyborów, osób, praktyk. Podobnie jak pozycje, których są wytworem, habitusy są zróżnicowane; mają też jednak moc różnicowania. Odrębne i rozróżnione, są również czynnikami dystynkcji, wykorzystują bowiem różne zasady różnicowania lub w odmienny sposób używają tych samych zasad różnicowania. Habitusy są zasadami generującymi odrębne i dystynktywne praktyki: habitusy sprawiają, że rozróżnia się między tym co dobre, a tym co szkodliwe, między dobrem a złem, między tym, co dystygowane, a tym co pospolite itd., ale nie w ten sam sposób. Na przykład to samo zachowanie lub to samo dobro może wydawać się dystygowane jednemu, pretensjonalne lub świadczące o zarożumiałości drugiemu, a pospolite trzeciemu”. Patrz także podejście uznające teorię Bourdieu za zbyt wąską dla wyjaśnienia zróżnicowania pozycji kobiet i mężczyzn, zwłaszcza w świetle różnicujących czasowo i społecznie ról, jakie kobiety współcześnie podejmują: J. McLeod, *Feminist re-reading Bourdieu: Old debates and new questions about gender habitus and gender change*, „Theory and Research in Education” 2005, nr 3, s. 11–30.

<sup>16</sup> Ch. Taylor, *Nowoczesne imaginaria społeczne*, tłum. A. Puchejda, K. Szymaniak, Kraków 2010, s. 9–10: „Imaginarium społeczne nie jest zestawem idei; jest raczej tym, co umożliwia praktyki społeczne dzięki nadaniu im sensu”. Szerzej na ten temat patrz: M. Płatek, *Prawnokarna ochrona praw kobiet*, [w:] *Prawa kobiet we współczesnym świecie*, red. J. Kondratiewa-Bryzik, W. Sokolewicz, Warszawa 2011, s. 38–67.

czy pozycja społeczna, pomijane są, gdy rzecz dotyczy płci<sup>17</sup>. Tak jakby to, co zostaje uznane za racjonalny powód kryminalizacji i sposób opisu czynu zabronionego, jego znamion i cech zachowań, które sprawiają, że dany czyn jest uznany za przestępstwo, nie było tworzone z uwagi na interes i doświadczenie tych, którzy je tworzą<sup>18</sup>. I tak jakby zestaw czynów zakazanych nie pomijał doświadczeń, interesów i potrzeb tych, którzy na kształt i treść prawa karnego, podlegając mu, nie mieli żadnego wpływu<sup>19</sup>. Aby to dostrzec, potrzeba było dopiero feminizmu, jursprudencji feministycznej i feministycznej kryminologii<sup>20</sup>.

Kryminologia jest nauką polityczną i jest wyraźnie z polityką kojarzona, choć ten jej aspekt jest rzadko uświadamiany<sup>21</sup>. Rodzi pokusę wykorzystania wiedzy lub danych dostarczanych przez kryminologów na rzecz kreowania polityki za pomocą prawa karnego: zaprzęgnięcia kryminologów do dostarczania racjonalizacji dla polityki kryminalnej i karnej wykorzystywanej w celu, który z zapobieganiem przestępczości ma niewiele wspólnego. Kryminolodzy/kryminolożki, jak podkreśla Nils Christie, nie powinni być użyteczni w ramach systemu, jaki został stworzony przez specjalistów od prawa karnego. Mają zachować identyfikację ze światem zewnętrznym, nieograniczonym do kodeksu karnego i ludzi określonych jako przestępcy<sup>22</sup>. Brak zgody na zawężenie horyzontów jest jednocześnie zaproszeniem do otwartości na wcześniej niedostrzegane aspekty dewiacji i patologii społecznej.

<sup>17</sup> D. Rhode, *The Woman's Point of View*, „Journal of Legal Education” 1988, nr 38, s. 39–46; J. Bridgeman, S. Millns, *Feminist Perspective on Law*, London 1998, s. 11–28.

<sup>18</sup> Patrz m.in. C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, London 1989, s. 4–25; A. Fausto-Sterling, *Myths of Gender. Biological Theories about Women and Men*, New York 1985, s. 205–220.

<sup>19</sup> P. Bourdieu, *Męska dominacja*, tłum. L. Kopciewicz, Warszawa 2004, s. 22–45; I. Löwy, *Okowy rodzaju. Męskość, kobiecość, nierówność*, tłum. M. Solarz, K. Polasik-Wrzošek, Bydgoszcz 2012, s. 20–26.

<sup>20</sup> C. Smart, *Feminism and the Power...*, s. 4–25.

<sup>21</sup> N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, tłum. M. Płatek, Warszawa 2004, s. 126–128.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 127.

Brak rozpoznania wśród istniejących przepisów stosownej ochrony dzieci przed wykorzystaniem do prostytucji po ukończeniu lat 15 jest przykładem braku neutralności i uniwersalizmu tych norm. Odmowa uznania odpowiedzialności klienta, nawet w sytuacji, gdy da się ona wyinterpretować z pierwotnej treści art. 199 §1 k.k. i art. 203 k.k. jest uzasadniona; ustawodawca bowiem nie miał intencji, by pociągać klienta do odpowiedzialności karnej. Nawykły kulturowo do przerzucania odpowiedzialności na osobę świadczącą usługę seksualną, nie zamierzał brać jej na siebie. Prawdopodobieństwo, że wśród twórców prawa karnego byli świadczący usługi seksualne jest niskie; że byli kupujący – wysokie.

Przepisy pomijające odpowiedzialność klientów osób świadczących usługi seksualne tam, gdzie one same jej podlegają (patrz np. art. 142 k.k.w), i praktyka niezdolna do odczytania odpowiedzialności klientów tam, gdzie przepisy ją przewidują, gdy osobą wykorzystywaną do prostytucji jest dziecko, które ukończyło 15 lat (art. 199 §1 k.k. i art. 203 k.k. w świetle art. 199c CETS 201<sup>23</sup>), nie muszą oznaczać złej woli, są manifestacją sposobu myślenia, który niedowidzi tam, gdzie nie ma interesu, by widzieć. Kryminologia feministyczna wydobywa z cienia interesy, pryzmat patrzenia, rozumienia rzeczywistości społecznej, kryteria decydujące o sposobie patrzenia i rozumienia społecznej rzeczywistości. Brakowało tego doktrynie prawa karnego. Pojawiło się wraz z rozwojem refleksji feministycznej w nauce; konsekwentnie wraz z kryminologią feministyczną. Ta ostatnia uświadamia niedostrzegane interesy, pomijane dobra, brak wrażliwości na szkodę grup pozbawionych swojej reprezentacji, zarówno gdy tworzy się zestaw zachowań niechcianych, jak i w toku aplikacji prawa. Nie jest w tym odosobniona. Na gruncie dogmatycznym zagadnienia te zgłębia i opisuje jurysprudencja

<sup>23</sup> CETS 201 – Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych sporządzona w Lanzarote dnia 25 października 2007 r.; w Polsce weszła w życie 1 czerwca 2015 r.; zmiany w prawie karnym ujednolicające polskie prawo karne z wymogami CETS 201 wprowadzone zostały w 2009 r. (Dz.U. 206, poz. 1589).



feministyczna<sup>24</sup>. Korzysta przy tym z teorii i doświadczeń i innych nauk społecznych wrażliwych na rzeczywistość zbilansowaną genderowo<sup>25</sup>. Staranie, by oddzielić jurysprudencję feministyczną od feminizmu, co niekiedy ma miejsce, wskazuje na dostrzeżenie nowatorskiego podejścia tego kierunku i jednocześnie próbę dewaluacji feminizmu<sup>26</sup>. Próba sprowadzenia jurysprudencji feministycznej do dziedziny, która obsesyjnie koncentruje się na prawach seksu, wynika raczej z tego, że krytykujący własne ograniczone pole widzenia przypisuje Autorom/Autorkom prac dogmatycznych analizujących pozorną zaledwie neutralność prawa. Tam więc, gdzie rzecz dotyczy dogmatyki i podstaw prawa karnego, krytycy dostrzegają zaledwie seks, odnosząc własne wąskie pole widzenia do intencji i zakresu problematyki poruszanej przez Autorki/Autorów<sup>27</sup>.

Był czas, kiedy kryminologia była nauką wyszydzaną i zakazywaną, gdy polityczny trend niechętnie przyjmował analizy wskazujące na związek społeczeństwa, prawa, prawa karnego i przestępstwa. W Rosji sowieckiej prace Émile'a Durkheima, w których dowodził, iż prawo, ale i przestępstwo to fakt społeczny, obecny w społeczeństwie i nie do wyplenia, a nawet pożyteczny, gdy poprzez reakcję wzmacnia wspólnotę, niezgodne były z oficjalną ideologią zakładającą brak przestępczości w społeczeństwie komunistycznym, którego emanacją miał być Związek Radziecki<sup>28</sup>. Leszek Lernell, który sam w swoim czasie był zwolennikiem takiej tezy, przyznał po latach, że „tendencja taka wpływała z przesłanek pozanaukowych, pseudoeologicznych,

---

<sup>24</sup> C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, „Journal of Women in Culture and Society” 1983, nr 8, s. 635–658.

<sup>25</sup> C.M. Renzetti, D.J. Curran, *Kobiety, mężczyźni i społeczeństwo*, tłum. A. Gromkowska-Melosik, Warszawa 2005, s. 357–415.

<sup>26</sup> Zrozumiałą, gdy dostrzeże się, że feminizm ujawnia kulturowy, genderowy – „sztuczny”, a nie „naturalny” charakter patriarchy.

<sup>27</sup> J. Cabaj, *Feministyczna jurysprudencja: liberalizm versus radykalizm*, „Ius Novum” 2010, nr 4, s. 94–108.

<sup>28</sup> L. Lernell, *Zarys kryminologii ogólnej*, Warszawa 1973, s. 15–17.

z pozycji dogmatycznych. Jej reperkusje dla procesu badania zjawiska przestępczości i jego zwalczania są, oczywiście jak najbardziej ujemne”<sup>29</sup>. Podobne zarzuty i argumenty wysuwa się współcześnie wobec studiów nad płcią kulturową (*gender studies*), wobec jurysprudenencji feministycznej czy kryminologii feministycznej<sup>30</sup>. Nie ma wątpliwości, że z podobnych powodów jak za czasów Lernella<sup>31</sup>. Czas pokaże, czy dzisiejszych krytyków stać będzie na taki samokrytycyzm, na jaki umiał się zdobyć Leszek Lernell<sup>32</sup>.

## Kryminologia feministyczna

Kryminologia feministyczna i postmodernizm to pojęcia nienowe, ale rozumiane są i odczytywane niejednoznacznie<sup>33</sup>. Samo wprowadzenie do wydawałoby się tak wyspecjalizowanej dziedziny ujawnia jej bogate zróżnicowanie. Już choćby rozróżnienie na liberalną, marksistowską, radykalną i socjalistyczną, strukturalną, reprezentującą lewicowy realizm, czarną, multirasową czy wreszcie rozwijaną w oparciu o post-

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 15.

<sup>30</sup> B. Szacka, *Gender i płć*, [w:] *Gender w społeczeństwie polskim*, red. K. Slany, J. Struzik, K. Wojnicka, Kraków 2011, s. 19–35; M. Grabowska, *Pomiędzy gender studies, a „ideologią gender”: edukacja antydyskryminacyjna w Polsce po 1989 roku*, 2013 <https://pl.boell.org/sites/default/files/downloads/> [dostęp: 11.11.2015]; A. Mrozik, *Gender studies in Poland: prospects, limitations challenges*, 2010, [http://genderstudies.pl/wp-content/uploads/2010/01/Agnieszka\\_Mrozik\\_Gender-studies-in-Poland.pdf](http://genderstudies.pl/wp-content/uploads/2010/01/Agnieszka_Mrozik_Gender-studies-in-Poland.pdf) [dostęp: 10.11.2015].

<sup>31</sup> D. Majewska, *Humanisci i gender studies na cenzurowanym. Minister Gowin się z nimi rozprawi*, Na Temat, 18 listopada 2015, <http://natemat.pl/1-62267,humanisci-na-cenzurowanym-minister-gowin-sie-z-nimi-rozprawi-podobnie-bedzie-z-gender-studies-na-uczelnia-nerwowka> [dostęp: 18.11.2015].

<sup>32</sup> *Szydło chce „wolności na uczelniach”*, Wolne Media, 19 listopada 2015, <http://wolnemedi.net/edukacja/szydlo-chce-wolnosc-na-uczelnia-nerwowka> [dostęp: 19.11.2015].

<sup>33</sup> C.M. Renzetti, *Feminist Criminology*, London 2013, s. 13–14.

modernistyczny feminizm ujawnia wielość podejść<sup>34</sup>. Na pytanie, czym wyróżnia się kryminologia feministyczna, wskazać można, że choć założenia i metody badań mogą być różne, to nie ma wątpliwości co do tego, że studiując i wyjaśniając zjawisko przestępczości, wiktylizacji i instytucjonalnej reakcji na problemy z tym związane, kryminologia feministyczna postrzega badane zjawiska i fakty społeczne jako fundamentalnie zanurzone we wzorach i reakcjach związanych z płcią kulturową (gender)<sup>35</sup>. Kryminologia feministyczna kwestionuje poprawność analiz i teorii kryminologicznych tworzonych na wąsko określonej populacji, z wąskim horyzontem postrzegania procesów społecznych, a ekstrapolowanych na całość populacji i traktowanych jako powszechne i neutralne<sup>36</sup>.

Studia na gruncie prawa dostrzegające zróżnicowanie tego, co w założeniu miało uchodzić za jednolite, dały asumpt do rozwoju także kryminologii feministycznej. Inspiracją było dostrzeżenie odrębności, nieprzystawania (uchodzącego za neutralny) wzorca do sytuacji kobiet tak w prawie karnym, jak i studiach kryminologicznych. Na tym się jednak ani kryminologia feministyczna nie koncentruje, ani do tego nie ogranicza. Nie podmiot badań, ale sposób ujęcia, podejście i metody badawcze decydują o tym, czy mamy do czynienia z kryminologią feministyczną. Nie sama kobieta, lecz kobieta poprzez kulturową różnicę ugruntowaną w prawie, a uchodzącą za „naturalną” jest tym, co wyznacza kryterium tego, co w kryminologii feministycznej. Nie przez przypadek w związku z dostrzeżeniem pozoru równości i doświadczenia różnicy sytuacji i ocen stosowanych wobec kobiet kryminologii feministycznej bliska jest wrażliwość na różnice ocen wyznaczane nie tylko przez płć biologiczną, ale także płć kulturową zróżnicowaną

<sup>34</sup> K. Daly, M. Chesney-Lind, *Feminism and Criminology*, [w:] *Key Readings in Criminology*, ed. by T. Newburn, Portland 2009, s. 335–339.

<sup>35</sup> M. Silvestri, Ch. Crowther-Dowey, *Gender and Crime*, London 2008, s. 163–188; C.M. Renzetti, *Feminist Criminology...*, s. 13.

<sup>36</sup> C. Smart, *Feminist Approaches to Criminology or Postmodern Woman Meets Atavistic Man*, [w:] *Key Readings in Criminology...*, s. 347–355.

przez rasę, klasę, sytuację materialną i społeczną, a w efekcie tego – także prawną<sup>37</sup>.

O kryminologii feministycznej pisano i w polskiej literaturze już wcześniej<sup>38</sup>. Wciąż jednak nierzadkie jest podciąganie pod kryminologię feministyczną tego, co łączy temat kobiet i przestępczości<sup>39</sup>. Zagadnienia społecznych uwarunkowań przestępczości kobiet mogą, ale nie muszą być elementem kryminologii feministycznej. Ta wywodzi się z refleksji nad nieobecnością kobiecego doświadczenia w kryminologicznych teoriach prezentowanych tak, jakby były budowane w oparciu o uogólnioną praktykę. I ta myśl, być może, nie jest nowa. Można ją odszukać, natknąć się na nią czy „odkopać” w różnych źródłach, choć trudno traktować to jako myśl głównego nurtu prawodawstwa czy jurysprudenencji. Można się na nią natknąć chociażby w *Lewiatanie* Thomasa Hobbesa. Filozof wyraźnie zaznacza, że upośledzona pozycja kobiet w prawie i w społeczeństwie nie bierze się z upośledzenia kobiet, ale z faktu, że to nie one, ale mężczyźni tworzą prawo, a tworząc je, dbają przede wszystkim o swoje interesy<sup>40</sup>. Nie należy jednak popadać w prezentyzm i przypisywać dawnym filozofom operowania zmysłem krytycznym i genderową wrażliwością. W tym samym bowiem *Lewiatanie*, nieco wcześniej, Hobbes o znaczeniu mocy pisał, że: „piękny kształt

<sup>37</sup> A. Burgess-Proctor, *Intersections of Class, Gender, Race and Crime*, „Feminist Criminology” 2006, Vol. 1, nr 1, s. 27–47.

<sup>38</sup> Patrz: M. Płatek, *Dwa razy Lombroso, czyli o skutkach różnic w podejściu kryminologii pozytywistycznej i kryminologii feministycznej*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. XXXVI, s. 31–74; E. Rekosz, *Kryminologia feministyczna*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. XXXVI, s. 7–30; M. Grzyb, *Kobietobójstwo – kryminologiczna charakterystyka zjawiska*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. XXXVI, s. 75–108.

<sup>39</sup> Patrz np. E. Sosnowska, *Společné uwarunkowania przestępczości kobiet*, [w:] „Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie” 2009, z. XVIII, s. 297–307.

<sup>40</sup> T. Hobbes, *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, tłum. C. Znamierowski, Warszawa 2009, s. 285–291; idem, *Elements of Law Natural and Politic* [1640], <http://www.constitution.org/th/elements.htm> [dostęp: 1.10.2015].

cielesny jest mocą, albowiem jako zapowiedź dobra toruje l u d z i o m [podkr. M.P.] drogę do względów u k o b i e t i ludzi obcych”<sup>41</sup>.

Należy więc odczytywać ostrożnie – sprawdzając, czy tekst wyraża myśl, czy wydobyta z tekstu jest raczej efektem współczesnej jego interpretacji. Trudno nawet mówić, że myśl o braku neutralności prawa zagubiła się. Twórcy takich wątpliwości nie mieli. Dysponując mitologią „naturalnej” wyższości jednych nad drugimi, oferowaną przez religie przebrzmiałe (mity Greków i Rzymian) i obowiązujące (Biblia), i „naturalności” przypisania do ról i hierarchii, narzucając zasady, traktowali je jako „porządek” powszechny i neutralny<sup>42</sup>. Przenikliwość i refleksyjność rzadko bywa cechą sprawujących władzę i dyktujących treść prawa<sup>43</sup>. Stąd poczucie omnipotencji twórców, podszyte było/bywa kulturowym wykluczeniem kobiet nie tylko ze sfery tworzenia i stosowania prawa, ale z tej sfery zwłaszcza<sup>44</sup>. Do czasu więc uwzględnienia refleksji feministycznej w prawie dominowało założenie, że prawo jest takie samo i działa tak samo niezależnie od tego, czy dotyczy kobiet, czy mężczyzn<sup>45</sup>. Obecność refleksji feministycznej w prawie i kryminologii jest pewnym wyłomem w takim podejściu; w polskich warunkach bardziej jednak niż o wyłomie wypada mówić o szczelinie<sup>46</sup>. Dominuje bowiem nadal uznanie, że rzeczywistość wyobrażona według męskich doświadczeń i na męskie potrzeby jest

<sup>41</sup> T. Hobbes, *Lewiatan czyli materia...*, s. 167.

<sup>42</sup> E. Storrs, *Mothers, Mothering and Christianity: Exploring the Connections between the Virgin Mary, Myra Hindley and Rosemary West*, „Feminist Theology” 2006, nr 14, s. 237–254.

<sup>43</sup> C.A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, MA 1989.

<sup>44</sup> Eadem, *Reflection on Sex Equality under the Law*, „The Yale Law Journal” 1991, Vol. 100, No. 5, s. 1281–1328; eadem, *A Sex Equality Approach to Sexual Assault*, „Annals of New York Academy of Sciences” 2003, Vol. 989, s. 265–275.

<sup>45</sup> R.W. Connell, *Gender and Power. Society, the Person and Sexual Politics*, Stanford 1987, s. 183.

<sup>46</sup> M. Marody, *Jednostka po nowoczesności. Perspektywa socjologiczna*, Warszawa 2014, s. 195–215.

rzeczywistością powszechną. Ze względu jednak na obecność i rozwój perspektywy feministycznej w naukach społecznych, w tym i w prawie, używanie tu czasu przeszłego nie jest prawdopodobnie ani nadużyciem, ani *wishful thinking*<sup>47</sup>. Zarzuty stawiane niekiedy pod adresem badań prowadzonych z perspektywy feministycznej lub perspektywy gender o jednostronności perspektywy i nieuwzględniania wpływu wszystkich czynników są doskonałym tego odzwierciedleniem<sup>48</sup>. Zakładają, że ich prowadzenie z perspektywy, która pomija perspektywę feministyczną i/lub gender, czynią je obiektywnymi z tego tylko powodu, że perspektywę tę pomijają<sup>49</sup>.

Mężczyzna wyznaczał (często nadal wyznacza) w prawie swoisty *default setting* – ustawienie domyślne, pod które podciągano i dopasowywano także kobiety. Z czasem dostrzeżono wykluczający, nie tylko kobiety, charakter tak stworzonego wzoru. Wzór pasuje do nielicznych. W Polsce dotyczy mężczyzny, Polaka, białego, heteroseksualnego, finansowo ustawionego, deklarującego katolicyzm, na etacie, bez kredytów, zdrowego, wysportowanego, przystojnego (lub u władzy). Gdzie indziej na wzór mogą składać się nieco inne cechy, nadal jednak wykluczające większość. I w każdym z tych wzorów kobiety poddane dyscyplinie prawa, także prawa karnego, nie miały wpływu na jego tworzenie<sup>50</sup>.

„Żadna kobieta nie miała wpływu na kształt instytucji prawnych, które ustanawiają społeczny porządek, według którego żyją i kobiety,

<sup>47</sup> B. Worek, *Różnice płci w badaniach empirycznych: doświadczenia, perspektywy, wyzwania*, [w:] *Gender w społeczeństwie polskim...*, s. 86–100.

<sup>48</sup> J. Cabaj, *Feministyczna jurisprudencja...*, s. 107; J. Lea, *Criminology and Postmodernity*, [w:] *The New Criminology Revisited*, ed. by P. Walton, J. Young, London 1998, s. 163–189.

<sup>49</sup> C. Ramazanoglu, *On feminist methodology: male reason versus female empowerment*, „Sociology” 1992, nr 26, s. 207–212; M. Buć, *Wpływ zaprogramowania kulturowego na stopień maskulinizacji społeczeństwa polskiego*, [w:] *Płeć w życiu publicznym*, red. M. Jeziński, M. Winclawska, B. Brodzińska, Toruń 2009, s. 55–66.

<sup>50</sup> M. Kimmel, *Spółczesność genderowa*, tłum. A. Czerniak, A.M. Kłonkowska, Gdańsk 2015, s. 29–31.

i mężczyźni”<sup>51</sup>. Catharine A. MacKinnon jako jedna z pierwszych powiedziała to wprost. Inni zaledwie sugerowali, choć i MacKinnon zapewne nie sformułowałby tak precyzyjnej myśli bez bagażu doświadczeń sufrażystek<sup>52</sup>. Już jednak lata 80. to czas bujnego rozwoju feministycznych analiz dogmatyki i treści prawa; głównie jednak w Ameryce i na tak zwanym Zachodzie<sup>53</sup>.

W Polsce to nadal dziedzina słabo na gruncie prawa rozwinięta<sup>54</sup>. Dużo lepsze wyniki refleksja feministyczna ma w historii, chociażby dzięki wieloletnim studiom pod kierunkiem profesor Anny Żarnowskiej, czy w literaturoznawstwie dzięki Marii Janion<sup>55</sup>. Rozkwit *gender studies* i myśli feministycznej w Polsce także po roku 1980 nie przełożył się na radykalną zmianę perspektywy w dogmatyce prawa karnego. Nie znaczy to, że nie miał wpływu. Oddziaływanie podejścia, które bierze pod uwagę wpływ szkodliwych stereotypów kulturowych dotyczących „naturalnego” zachowania kobiet i mężczyzn, znalazło odzwierciedlenie w inicjatywach ustawodawczych. Dotyczy to m.in. wprowadzenia

<sup>51</sup> „No woman had a voice in the design of the legal institutions that rule the social order under which women as well as men live”. C.A. MacKinnon, *Reflection on Sex Equality...*, s. 1281. MacKinnon oczywiście zauważa także, że „In the United States many men were also excluded from the official founding process. African-American and women were considered property. Indigenous peoples were to be subdued rather than consulted. Non-property owners were not qualified to participate in most states” (*ibidem*).

<sup>52</sup> E.B. Freedman, *No Turning Back. The History of Feminism and The Future of Women*, London 2002, s. 45–72.

<sup>53</sup> C. Dalton, *Where we Stand: Observation on the Situation of Feminist Legal Thought*, „Berkeley’s Women’s Law Journal” 1988, nr 3, s. 1–13; J.W. Scott, *Deconstructing Equality-versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism*, „Feminist Studies” 1988, nr 14, s. 33–50.

<sup>54</sup> E. Łętowska, *Genderowa perspektywa ochrony praw kobiet we współczesnym świecie (uwagi o metodzie)*, [w:] *Prawa kobiet we współczesnym świecie...*, s. 26–29.

<sup>55</sup> Parz m.in. *Kobieta i małżeństwo. Społeczno-kulturowe aspekty seksualności*, t. 8, red. A. Żarnowska, A. Szwarc, Warszawa 2004; *Odmienicy*, red. M. Janion, Z. Majchrowski, Gdańsk 1982.

ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie<sup>56</sup>, zniesienia trybu wnioskowego przy przestępstwie zgwałcenia<sup>57</sup>, ratyfikacji Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych sporządzonej w Lanzarote 25 października 2007 r.<sup>58</sup>, czy ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule 11 maja 2011 r.<sup>59</sup>. W każdym z tych przypadków doświadczenia kobiet, gdy rzecz dotyczy treści i stosowania prawa, miały wpływ na niełatwy proces zmian prawa i ratyfikacji konwencji<sup>60</sup>. Konwencja z Lanzarote wymaga, aby klient

<sup>56</sup> Ustawa o przemocy w rodzinie z dnia 29 lipca 2005 r. ze zm.; tekst jednolity Dz.U. z 24 sierpnia 2015 r., poz. 1390.

<sup>57</sup> Art. 205 k.k. przewidujący wnioskowy tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia został uchylony przez ustawę z 13 czerwca 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 849); zmiana weszła w życie 27 stycznia 2014 r.; O. Borkowska, M. Płatek, *Skala przestępstwa zgwałcenia w Polsce*, [w:] *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011, s. 10.

<sup>58</sup> W tym samym dniu co Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (1 czerwca 2015 r.) weszła w Polsce w życie Konwencja o cyberprzestępczości sporządzona w Budapeszcie 23 listopada 2001 r.; Dz.U. z dnia 27 maja 2015 r., poz. 729. Zgodnie z jej art. 9.2.c zakazane jest ukazywanie osoby małoletniej w trakcie czynności wyrażnie seksualnej; granica wieku osoby małoletniej nie może być niższa niż 16 lat. W Polsce wiek zgody to nadal lat 15 (patrz art. 200 k.k.).

<sup>59</sup> Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i przeciwdziałaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, Warszawa, Oświadczenie Rządowe, Dz.U. z dnia 8 lipca 2015 r., poz. 961. Konwencja CETS 210 weszła w życie w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej 1 sierpnia 2015 r.; Oświadczenie Rządowe z dnia 25 marca 2015 r. w sprawie ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r., Dz.U. z dnia 5 maja 2015 r., poz. 609.

<sup>60</sup> E. Dąbrowska, *Gender – idea, ideologia, nurt społeczny, moda, czy jeden z elementów systemowego przeciwdziałania przemocy i dyskryminacji wobec*



wykorzystujący dziecko do prostytucji odpowiadał karnie. Co w czasach Witkacego nie było być może jasne, współcześnie już jest. Klient wykorzystujący dziecko do prostytucji powinien odpowiadać karnie.

Nieco arbitralnie przyjmując początek, także w kryminologii refleksja kwestionująca naukową poprawność analiz prowadzonych z perspektywy męskocentrycznej doszła do głosu w pełni w drugiej połowie XX w. Decydował nie tyle, należy to powtórzyć, temat, który koncentruje się na przestępczości kobiet, ile treść, sposób prowadzenia analizy, tworzenia i interpretacji teorii<sup>61</sup>.

Dostrzeżenie kulturowego/genderowego zróżnicowania przypisywanych ról, odmiennych oczekiwań i odmiennych ocen jest bezpośrednio związane z myślą feministyczną w kryminologii, ale nie ogranicza się do kobiet. Płeć kulturowa, gender skupia się na analizie przypisywanych kulturowo kobietom/mężczyznom cech, powinności, „naturalności”, a tłumaczonych biologią. Dostrzeżono brak uwzględnienia doświadczenia kobiet, które nie przekładało się na męskie. Ontologiczno-epistemologiczna perspektywa wrażliwa na kulturowe różnice płci jest tym, co charakterystyczne dla kryminologii feministycznej. Jedną z pierwszych pozycji tak napisanych jest praca Carol Smart z 1976 r: *Women, Crime and Criminology: A Feminist Critique*<sup>62</sup>. Istotny wpływ na kierunek i ton debaty miały również prace Kathleen Daly, Medy Chesney-Lind<sup>63</sup>, Nicole Rafter i Frances Heidensohn<sup>64</sup>.

---

kobiet, [w:] *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy*, red. E. Kowalewska-Borys, Warszawa 2015, s. 9–23.

<sup>61</sup> C.A. MacKinnon, *Reflection on Sex Equality...*, s. 1281–1328; D.M. Britton, *Feminism in Criminology: Engendering the Outlaw*, „Annals of the American Academy of Political and Social Science, Feminist Views of the Social Sciences” 2000, Vol. 571, s. 57–76.

<sup>62</sup> L. Stanley, S. Wise, *Breaking Out Again. Feminist Ontology and Epistemology*, London 1983, s. 124–149.

<sup>63</sup> K. Daly, M. Chesney-Lind, *Feminism and Criminology*, „Justice Quarterly” 1988, nr 5, s. 497–538.

<sup>64</sup> N.H. Rafter, F.M. Heidensohn, *International Feminist Perspectives in Criminology: Engendering a Discipline*, Berkshire 1995.

Kryminologia feministyczna wyrasta z feminizmu, który skłania do genderowej analizy prawa<sup>65</sup>. Ujawnia, iż prawo tworzone jest tak, jakby było neutralne płciowo i odzwierciedlało interesy, doświadczenia i sytuacje wszystkich niezależnie od płci<sup>66</sup>. Z tego wywodzi się twierdzenie, że prawo jest neutralne i ujmuje rzeczywistość w sposób abstrahujący od płci. Błąd polega na pomieszaniu tezy z dowodem. Praktyka i badania potwierdzają, że czynności i zachowania wykonywane przez ludzi postrzegane, nazywane i oceniane są różnie w zależności od kryterium płci. Także rozpoznanie, skodyfikowanie i stosowanie przepisów pozornie neutralnych, ale dotyczących zachowań godzących w dobrostan przede wszystkim kobiet napotyka na trudności w ich rozpoznaniu, skodyfikowaniu i efektywnej aplikacji (patrz np. uporczywe nękanie; przemoc domowa, wykorzystywanie dzieci do prostytucji, egzekwowanie alimentów).

Stosownie kryminologia feministyczna wnosi więc do kryminologii nową wartość w postaci krytycznej refleksji intelektualnej, zapelniając lukę i usuwając z bagażu wiedzy błędy/nieścisłości spowodowane wcześniejszą niewrażliwością na biologiczne i genderowe różnicowanie sytuacji kobiet i mężczyzn i nadawanych im przez prawo karne i kryminologię ocen. Otwiera to szerszą perspektywę pozwalającą uchwycić kulturowe ramy *ratio legis* konkretnej ustawy. To umożliwia właściwą interpretację w zmieniających się warunkach społecznych. Nie zawsze bowiem dla zmiany w aplikacji prawa konieczna jest zmiana jego treści. Zawsze, zwłaszcza na gruncie prawa karnego, trzeba jednak mieć na uwadze, że interpretacja ta nie powinna wykraczać poza ramy kryminalizacji przewidziane w ustawie. Stąd tak istotne jest, by wykorzystując wiedzę kryminologiczną, pamiętać o zasadzie *ultima ratio* prawa karnego. Odpowiedzialność klienta za wykorzystanie dziecka, które ukończyło 15 lat, jest łatwa do wyprowadzenia z art.

<sup>65</sup> J. Butler, *Uwikłani w płęć*, tłum. K. Krasuska, Warszawa 2008, s. 43–62.

<sup>66</sup> M. Whitson, I.L. Moyer, *Patriarchy, Power Differentials, and Women Offenders*, [w:] *The Changing Roles of Women in the Criminal Justice System*, Prospect Heights, Ill 1992, s. 31–56.

199 §1 k.k. i art. 203 k.k. Jest oczywista w świetle art. 19c CETS 201 w zw. z art. 199 §1 k.k. i art. 203 k.k. Konwencja CETS 201 wymaga odpowiedzialności klientów za wykorzystanie dziecka do prostytucji. Wprowadzone zmiany w kodeksie karnym, uzasadniane potrzebą ujednolicenia polskiego prawa karnego z wymogami tej konwencji, nie przewidywały szczególnej odpowiedzialności klienta. Oznacza to, że Ustawodawca uznał, że odpowiedzialność ta zawarta jest już w obowiązujących przepisach<sup>67</sup>.

Wiedza ta nie powinna być zarezerwowana dla naukowców i naukowców tkwiących w wieży z kości słoniowej studiów nad dogmatyką prawa karnego. Powinna być dostępna szczególnie narażonym na naruszenie prawa, formą wiedzy potocznej wynikającej z polityki społecznej nastawionej na ochronę dzieci przed wykorzystaniem do prostytucji i pornografii. W systemie demokratycznego państwa prawa zakłada się, że prawo reguluje stosunki społeczne w sposób wyważony, obiektywny, neutralny, mając na uwadze powszechne dobro. Wymóg neutralności prawa można spełnić, dostrzegając zróżnicowanie wynikające także z płci kulturowej (gender). Nie można – zakładając, że ono nie istnieje i nie wpływa na sytuację społeczną i stan faktyczny.

## Od modernizmu do postmodernizmu. Postmodernizm

Tak jak kryminologię feministyczną myli się z feminizmem czy studiami nad przestępczością kobiet, tak postmodernizm myli się z nieuporządkowaniem i chaosem. Tymczasem kryminologia feministyczna

---

<sup>67</sup> Patrz zmiany do art. 197 §3 k.k. w brzmieniu ustalonym ustawą: Dz.U. z 2009 r., nr 206, poz. 1589; w uzasadnieniu tłumaczono potrzebę ich wprowadzenia koniecznością stosownego dopasowania polskiego prawa karnego do CETS 201; art 19c CETS 201 stanowi: „Każda ze stron przyjmuje konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia karalności zachowania umyślnego polegającego na: wykorzystaniu dziecka do prostytucji (dosłownie: korzystaniu z prostytucji dziecięcej). Szerzej na ten temat: M. Płatek, *Odpowiedzialność karna klienta...*, s. 1261–1265.

i postmodernizm dzięki wypracowanej metodologii i perspektywie badawczej pozwalają na uporządkowanie sposobu rozumowania i interpretowania zjawisk i prawa.

Postmodernizm, choć tak bywa ujmowany, nie jest prostym przeciwieństwem modernizmu. Wywodzi się jednak z jego zasadniczej krytyki, stąd dla zrozumienia postmodernizmu warto przybliżyć wzory rządzące modernizmem. Modernizm, w ujęciu Henri Bergsona zakłada ciągły rozwój, kumulację wiedzy i zmienność zmierzającą ku postępowi. Modernizm, początkowo zaznaczający się w architekturze, na tyle zrewolucjonizował istniejące myślenie, że doczekał się potępiającej encykliki papieża Piusa X, Pascendi Dominici Gregis. W swym podtytule *expressis verbis* potępiała modernizm katolicki jako syntezę wszystkich herezji. Moderniści bowiem, nie negując rozwoju, negowali istnienie niezmiennych prawdy.

Modernizm zakłada istnienie wielkich narracji, jak spoiwo łączących przewodnie wzory społeczne. Oto przykład. Twarda okładka. Cztery tomy. Starannie wydane przez wydawnictwo „Polityki”. *Wielkie mowy historii* (Warszawa 2006). Tom 1, od Mojżesza do Napoleona. Tom 2, od Lincolna do Stalina. Tom 3, od Hitlera do Eisenhowera. Tom 4, od Kennedy’ego do Ratzingera<sup>68</sup>. Mowa, słowa, przekaz, ton – niejednokrotnie narzucony i aż nazbyt często prowadzący do rzezi nazywany jest eufemistycznie „męskim patriotycznym obowiązkiem”. Nagradzany jest prawem do łupów i bezkarnych gwałtów. Czy można jednak zabijanie na wojnie porównywać z zabójstwem w czasie pokoju? Modernistyczny ład, częściej uwzględniający perspektywę żywego zwyczajcy, jest takiemu pomysłowi niechętny. Ujęcie postmodernistyczne dopuszcza do głosu perspektywę trupa.

Wyczulenie na język, kontekst, to co uwypuklone a co pominięte znajduje w postmodernizmie właściwe forum. Język waży, nadaje ton, przydaje znaczenia. Słowa nie są neutralne. To, co jest wydobywane z cienia, pokazywane w świetle reflektorów, wpisywane do podręczni-

---

<sup>68</sup> *Wielkie mowy historii*, t. 1–4, red. W. Władyka, P. Zmelonek, T. Zawadzki, Warszawa 2006.

ków i na listę uznanych „historycznych prawd” i „świętości”, z punktu widzenia modernizmu jest kategorią obiektywną; postmodernizm kwestionuje obiektywizm, podkreśla subiektywizm i wybiórczość.

Wybór przemówień, którym nadano tytuł „wielkich”, jest tego przykładem. Oprawa, tytuł, zamiar, sugeruje ambicję zaprezentowania tego, co rzeczywiście najważniejsze i największe. I w tym też sensie tak wykonane zadanie odzwierciedla modernistyczny porządek. Nie przekreśla to jednak możliwości krytycznego postmodernistycznego odbioru.

Ujmując rzecz modernistycznie, oddano faktom sprawiedliwość. Oceniając rzecz postmodernistycznie, można dostrzec, że stworzono pozór. Ujęty w materialną formę, replikowany wybór zaczyna funkcjonować jako „fakt obiektywny”. Głos słyszanych narracji narzuca wizję historii, w której wojny są „naturalne”, i nie ma znaczących kobiet<sup>69</sup>. Postmodernizm pozwala zakwestionować taką konstrukcję. W czwartym tomie *Wielkich mów* zamieszczono krótki noblowski wykład poetki Wisławy Szymborskiej. Wyróżnia się od pozostałych, bo daleki jest od wojen i obojętnej na los jednostki polityki.

Wygłoszony 7 grudnia 1996 r. ilustruje, choć pewnie nie o to Poetce chodziło, cechy modernizmu i postmodernizmu. Modernizm jest uporządkowany i zakłada, że wie, że tak jak jest, jest prawidłowo. Postmodernizm jest wątpiący i dostrzega także intelektualną wąskotorowość przekonania modernizmu o racjonalnym uporządkowaniu rzeczywistości. Poetka zauważa, że nie ma profesorów poezji, bo po to, by nimi zostać, nie wystarczyłyby kartki papieru zapisane choćby i najlepszymi wierszami, konieczny byłby, i to przede wszystkim, jakiś

<sup>69</sup> W pierwszym tomie Elżbieta I daje się usłyszeć, bo mówi jak mężczyzna. „Mam ciało kobiety, lecz serce króla” (t. 1, s. 165). W drugim do głosu zostaje dopuszczona Abby Kelley Foster, działaczka ruchu kobiecego w Stanach Zjednoczonych po 1850 r. Jest, bo mówi, że sytuacja kobiet nie jest winą mężczyzn. Kobiety mają to, czego chcą, więc jeśli nie mają więcej, to widać nie chcą, lub chcą nie dość (t. 2, s. 63). W trzecim tomie kobiet nie ma. W czwartym jest ich kilka, ale tylko jedna to poetka. To Wisława Szymborska.

papierek z pieczętką (t. 4, s. 331). Poza tym to, co charakteryzuje poetów, to brak pewności, że wiedzą. Wysoce cenią sobie te dwa małe słowa: nie wiem. Szymborska nie ogranicza świata niepewności do poetów. Oddaje je poszukiwaczom uskrzydłonym wątpleniem i ciekawością. Przykład pada na inną kobietę, nieobecną w czterech tomach.

Gdyby moja rodaczka Maria Skłodowska-Curie nie powiedziała sobie „nie wiem”, została by pewnie nauczycielką chemii na pensji dla panienek z dobrych domów, i na tej – skądinąd zacnej – pracy upłynęłoby jej życie. Ale powtarzała sobie „nie wiem” i te właśnie słowa przywiodłyby ją, i to dwukrotnie, do Sztokholmu, gdzie ludzie o duchu niespokojnym i wiecznie poszukującym nagradza się Nagrodą Nobla<sup>70</sup>.

Nie brak w czterech tomach rozmaitych oprawców, dyktatorów, fanatyków, demagogów. Walczą o władzę, wymachując głośnymi hasłami jak szablą, pełni gorliwego przekonania o swojej racji. Wiedzą, myślą, że wiedzą i zwalniają się tym od myślenia<sup>71</sup>.

Może to nie do końca *fair*, by fanatyków wyznaczyć na reprezentantów uporządkowanego świata modernizmu, zaś dla noblistek z chemii, fizyki i poezji zarezerwować deputację postmodernizmu. Zbrodnia i patologia. Pojęcia obiektywne czy wykreowane? Wielcy są wielcy, bo tacy są, czy dlatego, że za takich ich wzięliśmy? A co ze zbrodniarzami? Są nimi, bo popełnili zbrodnie, a nie dlatego, że za zbrodniarzy zostali uznani. Historia kryminologii poucza, że sztywne podziały i zaszufadkowanie jest nie na miejscu. Istnieje bowiem zgoda co do tego, że przestępstwo nie ma bytu obiektywnego<sup>72</sup>. Nie istnieje materialnie rzecz ujmując „prawdziwe” przestępstwo. Przestępstwo jest konstruktem społecznym. Zaobserwowane, opisane, nazwane, skategoryzowane zjawisko otrzymuje nazwę i stosowną klasyfikację. Rozróżnienie na *mala in se* i *mala prohibita* stanowi zgodne odzwierciedlenie społecznych emocji, także historycznie zmiennych odnośnie do zjawisk

<sup>70</sup> W. Szymborska, *Poeta i świat*, [w:] *Wielkie mowy historii*, t. 4, s. 332.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw...*, s. 13–23.

uznanych za przestępstwo. Nie inaczej z przestępcami i nie ma się co powoływać na Lombrosa *et consortes*<sup>73</sup>. Ważniejsze jest zrozumienie, że etykieta przestępcy często przylega również do niewygodnych, o czym w historii zaświadczały procesy i wyroki chociażby na Sokratesie czy Jezusie z Nazaretu<sup>74</sup>.

Jednocześnie ta sama etykieta pomija sprawców, przerzucając odpowiedzialność na osoby wykorzystywane, jak dzieje się w przypadku świadczenia usług seksualnych. Niedostrzeganie klienta, a ograniczanie odpowiedzialności za „przejawy demoralizacji” do osób świadczących usługi seksualne jest przykładem ustalania odpowiedzialności w ramach konwencji, która kształtuje wzorzec odpowiedzialności w sposób gwarantujący ustawodawcy i osobom w sytuacji analogicznej do ustawodawcy anonimowość, nieobecność i nieodpowiedzialność. Język, tradycja, obyczaj stoją na straży bezkarności ustawodawcy. Nie mówi się o świadczeniu usług seksualnych, lecz o prostytucji. Tradycyjnie prostytucja objęta jest obyczajową anatemą i uznana za niemoralną, tak bardzo pozostaje w sferze zgorszenia, że pomija się jej wymiar prawny, ekonomiczny i społeczny. To pozwala tworzyć ustawy piętnujące, karzące osoby świadczące usługi seksualne i zwalniające w tym samym czasie osoby kupujące te usługi, czyli klientów. Trzeba zmienić język, zdekonstruować, rozłożyć na czynniki pierwsze funkcjonalność obowiązującej obyczajowości i w tym nowym wymiarze przyrzeć się *ratio legis* zakazów i realnie osiąganym przez nie skutkom. Ujawnia się wówczas hipokryzja systemu, który przy oficjalnym zakazie domów publicznych, akceptuje ich powszechne funkcjonowanie w ramach agencji towarzyskich. Przy penalizacji w ramach kodeksu wykroczeń (k.w.) zachęcania do kupowania usług, która dotyka osoby oferujące

<sup>73</sup> Pomyśl przestępcy z urodzenia przypomina wprowadzić mityczną Hydrę, jednak istotne jest dokonanie, które – choć w oparciu o błąd metodologiczny – postawiło kres idei „wolnej woli”.

<sup>74</sup> W. Morrison, *What Is Crime? Contrasting Definitions and Perspectives*, [w:] *Criminology*, ed. by C. Hale, K. Hayward, A. Wahidin, E. Wincup, Oxford 2009, s. 3–22.

usługi, jednoczesną nieodpowiedzialność z art. 199 k.k. i 203 k.k. klientów wykorzystujących dzieci do prostytucji<sup>75</sup>.

Obecność odpowiedzialności karnej klienta za wykorzystanie dziecka do prostytucji w przesłankach odpowiedzialności karnej art. 199 k.k. i art. 203 k.k. jest oczywista wobec odczytania *ratio legis* tych przepisów przy wykorzystaniu analizy typowej dla postmodernistycznego dyskursu. Nie może on prowadzić do rozszerzającej interpretacji odpowiedzialności karnej. I nie prowadzi. Pozostaje jednak wrażliwy na *ratio legis* uregulowania także w świetle zmieniającego się porządku prawnego poprzez inkluzję treści i unormowań międzynarodowych konwencji, na które powołuje się ustawodawca. W tym konkretnym przypadku chodzi o cytowany już art. 19c CETS 201.

Modernizm i postmodernizm to dwa odmienne podejścia w ontologicznej i epistemologicznej metodologii badawczej. Z modernistycznego punktu widzenia te cztery tomy to katalog najważniejszych przemówień w historii. Z postmodernistycznego – to kreacja tego, co za najważniejsze ma uchodzić. Kreacja subiektywna, wypływająca z przesłanek, nawet jeśli nieuświadomionych, to i tak nasiąkniętych kulturowymi schematami, niedowidzeniem, niewiedzą, uprzedzeniami, resentymentem, skłonnością do wybiórczości. Wypełnione tym, co uznaje się za „oczywiste”, i tym, co w związku z oczywistością mija się z myśleniem i nie przenika nawet do wyobraźni. Pomija i tę myśl, że wraz z wyborem nadaje się wybranemu znaczenie i wartość, a wybór mógłby być przecież inny. Inny mógłby być skład osobowy – i bardziej poprzez wyważenie zróżnicowany. Nie tylko ze względu na płeć, także ze względu na dziedzinę, której nadaje się wagę.

Szyborska zauważa, że język potoczny pozbawiony jest refleksji nad znaczeniem „zwykłego świata” i „zwykłej kolei życia”. „Jednak w języku poezji, gdzie każde słowo się waży, nic już zwyczajne i normalne

---

<sup>75</sup> M. Płatek, *Genderowo-prawne aspekty usług seksualnych w Polsce*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 2, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012, s. 388–405.



nie jest. Żaden kamień i żadna nad nim chmura. Żaden dzień i żadna po nim noc. A nade wszystko żadne niczyje na tym świecie istnienie”<sup>76</sup>. Dzieje się tak przecież nie tylko w języku poezji, także w języku nauki i, czasami, prawa. Nie jest bowiem sens i precyzja tym samym. Język prawa, świadomy znaczenia precyzji, dba o nią z różnym wysiłkiem i skutkiem. Nie jest to jednak tożsame. I jest to jednocześnie podejście bliskie postmodernizmowi. Modernistyczne *clara non sunt interpretanda*, podobnie jak ma to miejsce w kryminologii feministycznej, zyskuje znak zapytania i ulega zwątpieniu. Rodzi refleksję, że ten, kto powołuje się na modernistyczną zasadę, że oczywiste nie wymaga tłumaczenia, nie ma argumentów, a w ich miejsce operuje rutyną, bezrefleksyjnym przyzwyczajeniem, nawykiem, czasami też siłą. Modernizm zakorzeniony jest w tym, co określane jest mianem „tradycji”<sup>77</sup>. Ma być oparta na uchodzących za neutralne faktach, na obserwacji, logice, wiedzy określanej jako „obiektywna”. Postmodernizm zakwestionował pojęcie obiektywnej wiedzy w naukach społecznych. Wskazał na konieczność sprawdzania spekulatywnego charakteru wykreowanej wiedzy. Na wrażliwość, by mitom, stereotypom i uprzedzeniom nie nadawać kategorii naukowości, „obiektywności”, „oczywistości”. Nie chodzi przy tym o dyskredytację zebranej wiedzy, ale krytyczne podejście, które odchodzi od infantylnie naiwnego wykorzystywania kategorii „wiedzy” i „obiektywizmu” dla realizowania dyskryminacyjnych praktyk. Modernizm na niej bazuje, a postmodernizm odrzuca kategorię prawdy absolutnej. Modernizm zakłada absolutyzm kategorii dobra i zła; postmodernizm dostrzega złożoność i zmienność tych kategorii.

I nie dotyczy to zaledwie poezji, ale i prawa, i prawa przede wszystkim. Oczywistość zbyt często bierze się ze splotu zakazów, nakazów, dyskryminacji, nieuwagi, odgórnych interesownych założeń o tym, co „naturalne”. Modernistyczne więc założenie, że prawo jest neutralne

<sup>76</sup> W. Szymborska, *op. cit.*, s. 333.

<sup>77</sup> E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 4–5, s. 4; eadem, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, t. XI, nr 1, s. 27–64.

i stworzone, by w równym stopniu stosować go do jednostki niezależnie od jej płci, statusu i kapitału kulturowego i politycznego, w ujęciu postmodernistycznym odsłania swój „parawanowy” potencjał. Pozwala zepchnąć za parawan różnice, wystawiając na scenę deklarację obiektywizmu i neutralności tak, by stwarzały wrażenie autentyczności. Michel Foucault, jeden z ważniejszych przedstawicieli postmodernizmu, rzucił wyzwanie zarówno prawnikom, jak i kryminologom, kwestionując zarówno obiektywizm dogmatyki prawa karnego, jak i kryminologicznych studiów nad przyczynami przestępczości<sup>78</sup>.

Początki postmodernizmu niektórzy lokują już w latach 50. XX w. I nie jest to błędem, bo kierunek ten, zanim trafił na grunt filozofii i nauk społecznych, wcześniej rozwinął się w architekturze, malarstwie, sztuce i w literaturze, kwestionując kanon racjonalności i elitaryzmu<sup>79</sup>. Za ideowego prekursora postmodernizmu w filozofii uchodzi Friedrich Nietzsche. Kwestionował wiarą Kartezjusza w obiektywizm nauki i wiedzy, która leży u podstaw modernizmu. Wątpił, co charakterystyczne dla postmodernizmu, w możliwość poznania obiektywnego. Z dystansem podchodził też do kultu wiary w racjonalność i postęp. Teorię postmodernizmu w pełni rozwinął Jean-François Lyotard w opublikowanej w 1979 r. *Kondycji ponowoczesnej*<sup>80</sup>. Lyotard zauważa, że Oświecenie, które zdołało rozprawić się z boskim gwarantem prawdy, zastąpiło go rozumem. Nadal jednak pozostaje problem, jak dowieść dowodu i kto decyduje o tym, co jest prawdą?

Kto decyduje o warunkach prawdziwości?, nie szuka się już w sposób metafizyczny pierwszego dowodu albo transcendentnego autorytetu, lecz przyznaje, iż warunki prawdziwości, to znaczy reguły gry naukowej, są immanentne dla samej tej gry, że nie można ich ustalić inaczej, jak tylko w ramach debaty, która sama jest naukowa, i że nie ma innego dowodu

<sup>78</sup> M. Foucault, *Power/Knowledge*, Suffolk 1980, s. 37–54.

<sup>79</sup> A. Saugstad, *What Are the Characteristics of Postmodernism and its Faults*, January 25, 2001, <http://www.slideshare.net/sgummer/what-are-the-characteristics-of-postmodernism-and-its-faults> [dostęp: 23.07.2015].

<sup>80</sup> J.F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna. Raport o stanie wiedzy*, tłum. M. Kowalska, J. Migasiński, Warszawa 1997.

na poprawność reguł poza faktem, że stanowią przedmiot konsensusu ekspertów<sup>81</sup>.

Wojciech Klimczyk ujmuje to stanowisko jako pesymistyczne, bo ma „dotkliwą świadomość względności procedur naukowych, a więc tego właśnie, że nauka jest pewną grą językową”<sup>82</sup>. Nie musi to jednak oznaczać bezruchu czy beznadziei. Uwrażliwia na zależność uzyskanych i prezentowanych wyników od języka, użytej metody, kondycji kulturowej i tradycji samego badacza.

Postmodernizm/ponowoczesność jest kolejnym elementem rozwoju myśli i naukowej refleksji. Jak przed nim modernizm, tak i ten nurt uprawiania refleksji naukowej poddany został krytycznej ocenie. Nie brakuje głosów, że się przeżył i został pogrzebany<sup>83</sup>. Postmodernizm, ze swoim „wytluszczeniem” zwodniczości znaczeń i wiedzy, skazał sam siebie, zdaniem Alana Kirby’ego na ulotność i abdykację na rzecz realizmu krytycznego. Zdaniem Abrahama Setha, odchodząc w cień, ustąpił miejsca kierunkowi określanemu jako metamodernizm transcendentny<sup>84</sup>.

Zamiast zakończenia.

Kryminologia feministyczna w dobie postmodernizmu

Kryminologia feministyczna i refleksja postmodernistyczna przewijały się przez cały ten tekst. Podsumowując należy więc stwierdzić, iż rozwój kryminologii feministycznej nie wymagał postmodernizmu; zdecy-

<sup>81</sup> *Ibidem*, s. 93.

<sup>82</sup> W. Klimczyk, *Metanarracja mobilizacji. Ponowoczesność jako bezruch?*, „Diametros” 2013, nr 37, s. 53.

<sup>83</sup> A. Kirby, *The Death of Postmodernism and Beyond*, „Philosophy Now” Aug/Sept 2015, [https://philosophynow.org/issues/58/The\\_Death\\_of\\_Postmodernism\\_And\\_Beyond](https://philosophynow.org/issues/58/The_Death_of_Postmodernism_And_Beyond) [dostęp: 08.08.2015].

<sup>84</sup> Realizm krytyczny i metamodernizm transcendentny zapewne zasługują na odrębne opracowanie i dlatego tu nie będę rozwijać znaczenia tych kierunków.

dowanie jednak na postmodernizmie zyskał<sup>85</sup>. Dekonstruując zastane schematy, zmusza do nowego spojrzenia. I w tym spotyka się i zazębia metoda badania rzeczywistości charakterystyczna dla postmodernizmu z kryminologia feministyczną. To, co jest charakterystyczne dla tego kierunku, to wyraźne dostrzeżenie nie tylko różnic sytuacji osób ze względu na przypisywaną im płć kulturową, gdy chodzi o odrębne oczekiwania i ocenę ich zachowań<sup>86</sup>. Dodatkową płaszczyzną braną tu pod uwagę w trakcie prowadzonych badań i analiz są różnice wynikające z politycznej pozycji i sytuacji podmiotów badanych i ocenianych<sup>87</sup>.

Kwestia odpowiedzialności, wiktylizacji, stosowanej etykiety może zależeć nie tyle od zdarzenia, czynu, zachowania, ile od politycznej pozycji osób; kwestia płci w takim przypadku może, choć niekoniecznie musi być drugorzędna (np. pijany poseł, któremu dwukrotnie odebrano prawo jazdy, może być powołany w rządzie na stanowisko odpowiedzialnego za transport drogowy; pijana posłanka lub ministra kończy karierę). Nie inaczej rzecz się przedstawia, gdy dotyczy koloru skóry, pochodzenia, statusu majątkowego, orientacji seksualnej itd.<sup>88</sup>. Postmodernistyczna kryminologia nie tyle kwestionuje, ile krytycznie bada utrwalone założenia sugerujące obiektywność wiedzy<sup>89</sup>.

Zwraca uwagę na język – na jawne i ukryte reguły wykluczania, dehumanizacji (patrz np. „ustawa o bestiach”), legitymizujące wykluczanie, dzielenie, hierarchizowanie.

Sprawdza sens założenia, iż „nauka” i filozofia mogą dostarczyć obiektywnych danych dotyczących uniwersalnych podstaw wiedzy o przestępstwie i karze. Wystarczy przecież zakazać aborcji, by pod pozorem ochrony życia sprawować kontrolę nad ludźmi (bo kto kontroluje

<sup>85</sup> C. Smart, *Feminist Approaches to Criminology...*, s. 353–354.

<sup>86</sup> Por. F.E. Dolan, „*Gentlemen, I have One Thing More to Say*”: *Women on Scaffolds in England*, „*Modern Philology*” 1994, Vol. 92, No. 2, s. 157–178.

<sup>87</sup> S. Archer Mann, *Doing Feminist Theory: From Modernity to Postmodernity*, Oxford 2012.

<sup>88</sup> C.M. Renzetti, *Feminist Criminology...*, s. 60–65.

<sup>89</sup> M. Wykes, K. Welsh, *Violence, Gender & Justice*, Los Angeles 2009, s. 145–146.

plodność człowieka, kontroluje jego życie), by zachowanie wcześniej neutralne stawało się przedmiotem zainteresowania kryminologów<sup>90</sup>.

Ma na uwadze skomplikowane relacje między autonomią, władzą, wolnością i racją<sup>91</sup>. Racje, dla których dochodzi do kryminalizacji zachowań, są różne. Stosowne więc studiowanie przyczyn zachowań zakazanych nie musi być jednoznaczne ze studiami nad przyczynami zachowań niechcianych. Postmodernistyczna kryminologia feministyczna dostrzega zróżnicowanie wiedzy kryminologicznej w zależności od systemu polityczno-gospodarczego, w którym studia te są prowadzone.

Racja, przyczyna, efekty badań i wiedza są tu ujęte w klamrę oświeceniowego hasła *sapere aude*. Odwaga, by być mądrym, wymaga umiejętności nie tylko samodzielnego myślenia i wiary w to, co się robi, ale i umiejętności kwestionowania „pełnego” obiektywizmu, a w związku z tym i ostrożności przy wyciąganiu wniosków co do przyczyn zarówno wiktyimizacji, jak i przestępczości<sup>92</sup>. Prawda, dane statystyczne, wyniki badań wymagają nie tylko dystansu, ale i sprawdzania metodologii oraz analizy tego, co leżało u ich podstaw – włącznie z przekonaniami, stereotypami i uprzedzeniami samych badaczy<sup>93</sup>.

Jest więc kryminologia feministyczna wykorzystująca dorobek postmodernizmu refleksją idącą dalej niż kryminologia radykalna czy antynaturalistyczne teorie naznaczania społecznego. Nie tylko buduje teorie wyjaśniające przestępczość; opisuje też proces, który doprowadza do uznania zarówno zjawiska za kryminalne, jak i nazwania ludzi w konkretnych sytuacjach sprawca lub ofiarą<sup>94</sup>. W tym samym czasie opisują

<sup>90</sup> S. Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, US 1989, s. 89–109.

<sup>91</sup> J.C. Williams, *Deconstructing Gender*, „Michigan Law Review” 1989, Vol. 87, No. 4, s. 797–845.

<sup>92</sup> M. Becker, C. Grant Bowman, M. Torrey, *Feminist Jurisprudence. Taking Women Seriously*, St. Paul 1994, s. 110–112.

<sup>93</sup> N. Wonders, *Postmodern Feminist Criminology and Social Justice*, [w:] *Social Justice, Criminal Justice*, ed. by B.A. Arrigo, Belmont 1999, s. 116.

<sup>94</sup> S. Herzog, *An Empirical Test of Feminist Theory and Research: The Effect of Heterogeneous Gender-Role Attitude on Perception of Intimate Partner Violence*, „Feminist Criminology” 2007, nr 2, s. 223–244.

występowanie zjawisk niechcianych, które nie są jednak z różnych względów (np. politycznych, ale i genderowej nieumiejętności dobrania właściwych określeń) uznane za przestępstwa<sup>95</sup>. Wyznaczenie jednak w pewnych sytuacjach tego, czy mamy do czynienia z kierunkiem np. feministycznej kryminologii marksistowskiej, czy postmodernistycznej kryminologii feministycznej może być trudne, gdyż kierunki cechuje podobna wrażliwość i dociekliwość w analizie danych<sup>96</sup>.

Dostrzeżenie pomijania aspektów genderowych w prawie karnym i kryminologii dało asumpt do rozwoju kryminologii feministycznej. Genderowa nieobecność w prawie polega na lekceważeniu kulturowych różnic w sytuacji kobiet i mężczyzn w trakcie tworzenia i stosowania prawa. Teorie kryminologiczne skupiają się na objaśnianiu społecznych źródeł kryminalizacji lub patologizacji określonych zjawisk i zachowań. Tymczasem przyjęta perspektywa ma kapitalne znaczenie dla sposobu postrzegania badanego zjawiska, a w konsekwencji – dla proponowanych i podejmowanych działań społecznych. Znaczenie ma dobór zagadnień badawczych, dobór adekwatnych metod, dobór wolny od protekcyjnego stosunku między badaczką/badaczem a osobą poddaną badaniom, oraz świadomość znaczenia doświadczeń badaczki/badacza na przedmiot badań<sup>97</sup>. To, co charakterystyczne dla metodologii feministycznej korzystającej z dorobku postmodernizmu, to dekonstrukcja, weryfikacja uzyskanej wiedzy. Wynika z zakwestio-

<sup>95</sup> S.J. Schulhofer, *The Feminist Challenge in Criminal Law*, „University of Pennsylvania Law Review” 1995, Vol. 143, No. 6, s. 2151–2207.

<sup>96</sup> Patrz np. L.M. Vieraitis, S. Britto, T.V. Kovandzic, *The Impact of Women's Status and Gender Inequality on Female Homicide Victimization Rates: Evidence from U.S. Counties*, „Feminist Criminology” 2007, nr 2, s. 57–73. Autorzy dekonstruują pojęcie zagrożenia, wykazując, że prawdopodobieństwo bycia ofiarą zabójstwa jest silnie skorelowane ze statusem społecznym. Im niższy, tym zagrożenie wyższe. Powołują się przy tym na feminizm marksistowski, posługując się analizą charakterystyczną dla postmodernistycznej kryminologii feministycznej.

<sup>97</sup> L. Gelsthorpe, *Feminist Methodologies in Criminology: A New Approach or Old Wine in New Bottles?*, [w:] *Feminist Perspectives in Criminology*, ed. by L. Gelsthorpe, A. Morris, Buckingham 1990, s. 89–105.

nowania założenia o neutralności nie tylko prawa, ale i wiedzy. Metody naukowe nie wykluczają uwolnienia od stereotypu lub usunięcia z pola badawczego doświadczenia odrębnego od podmiotu badanego, którym najczęściej był/jest mężczyzna. W efekcie pozwala to co najmniej na zastanowienie się, czy uzyskane wyniki rzeczywiście cechuje naukowa obiektywność.

I tak badając, na przykład, zjawisko kupowania i świadczenia usług seksualnych, można je opisowo nazwać, oddając jego istotę – świadczeniem usług seksualnych. Zamiast więc na przykład pytać, zgłębiając cechy biologiczne czy społeczne, dlaczego X została prostytutką (teorie biologiczne, psychologiczne, socjologiczne w nurcie pozytywistycznym), pytać, dlaczego to właśnie X została wskazana jako prostytutka, i jakie są tego skutki (teorie etykietowania), dlaczego prostytutka jest uznana za patologię (teorie interakcjonistyczne), do jakiego stopnia prostytutkę kreują stworzone przez władzę warunki społeczne (teorie radykalne).

Postmodernistyczna kryminologia feministyczna robi logiczny krok dalej i bada regulacje prawne, ich praktyczne zastosowanie w ich szerszym, społecznym i historycznym kontekście. Pyta, czym w swej istocie jest prostytutka. Z jakich przesłanek politycznych, etycznych, władczych wychodzi się, regulując dane zjawisko? Jakim językiem się operuje? Jak przesłanki i język kształtują postrzeganie i ocenę badanego zjawiska? Kto i dlaczego jest pociągany do odpowiedzialności, a kto i dlaczego z odpowiedzialności jest zwolniony?

To tylko przykładowe pytania typowe dla kryminologii feministycznej. Widać jednak, iż „rozpychają” tradycyjne, wąskie horyzonty ujmowania zjawiska. Traci rację bytu rzymska paremia *manifesta non egent probatione*. Na „oczywistość”, „naturę”, „naturalną kolej rzeczy” mamy, okazuje się, tendencje powoływać się, by uzasadnić nierówność, dyskryminację, braki w rozumowaniu i argumentach.

Jaskrawo widać to na przykładzie regulacji prawnokarnych dotyczących kupowania usług seksualnych oraz wykorzystywania dzieci do prostytucji. Zjawiska te ujęte są stosownie w art. 199 k.k. i w art. 203 k.k.

Odpowiedzialność klienta z art. 203 k.k. nadal pozostaje nierozpoznana; ta z art. 199 k.k. po wielokroć była nowelizowana, by osiągnąć poprzez zbędną kazuistykę to, co od początku zawiera ten przepis; dziecko z racji tego, że jest dzieckiem, jest nim także wtedy, gdy ukończyło lat 15, ale nie ukończyło lat 18. Z racji jego wieku używanie dziecka do prostytucji jest jego wykorzystywaniem, a więc tym, co zawierają ustawowe przesłanki odpowiedzialności karnej art. 199 §1 k.k.<sup>98</sup>. Zbędne było wielokrotne nowelizowanie tego przepisu, aby osiągnąć niemal „łopatologicznie” przesłanie, że dziecko z racji swojego wieku i doświadczenia jest w przypadkach „sponsoringu” i „kupowania” usług od dziecka zawsze w sytuacji seksualnego nadużycia stosunku zależności. Dodawanie i kolejne nowelizowanie art. 199 §3 k.k.<sup>99</sup> nie byłoby konieczne, gdyby uwzględniono dorobek i metodę feministycznej analizy przepisu w jego podstawowej formie z art. 199 §1 k.k.

Dekonstrukcja, dystans, refleksja nie oznaczają bezradności; raczej prudencję, co może i powinno być skutecznym środkiem ochrony przed tendencją do wykorzystywania zarówno prawa karnego, jak i kryminologii do celów bieżącej polityki. Już to samo przemawia zarówno za wskazaniem dalszych studiów feministycznych w prawie i kryminologii, jak i za miejscem dla refleksji postmodernistycznej w tych dziedzinach.

W efekcie natomiast badań kryminologicznych pozbawionych refleksji feministycznej i postmodernistycznego wyzwania dziewczynki

---

<sup>98</sup> Art. 199 §1 k.k.: Kto, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza inną osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

<sup>99</sup> Art. 199 §2 k.k.: Jeżeli czyn określony w §1 został popełniony na szkodę małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§3: Karze określonej w §2 podlega, kto obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej albo doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, nadużywając zaufania lub udzielając w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy.



wykorzystywane do prostytucji kończą w domach poprawczych jako „zdemoralizowane”<sup>100</sup>. Klienci, którzy je wykorzystują, są uniewinniani w sądzie i nadal pracują na stanowiskach wymagających szczególnej wrażliwości, m.in. nauczycieli i policjantów. Art. 199 §1 k.k. i art. 203 k.k. pomimo związku z art. 19c CETS 201 pozostają praktycznie martwe. Wysocy urzędnicy, policjanci, biznesmeni mogliby więc i dziś, idąc w ślady Witkacego, powiedzieć: „Uwiodłem kurwę... dwa trepangi...” itd. W żaden to sposób nie umniejsza krzywdy, jakiej doznaje dziecko wykorzystywane do prostytucji. Mam nadzieję, że ten tekst krzywdę tę uświadamia.

---

<sup>100</sup> J. Klimowicz, *Nastolatki same chciały. Biznesmeni i policjanci uniewinnieni*, „Gazeta Wyborcza” z 15 stycznia 2015 r., [http://wyborcza.pl/1,75248,17253430,Nastolatki\\_same\\_chcialy\\_\\_Policjanci\\_i\\_biznesmeni\\_niewinni.html](http://wyborcza.pl/1,75248,17253430,Nastolatki_same_chcialy__Policjanci_i_biznesmeni_niewinni.html) [dostęp: 15.02.2015]; patrz także brak uwzględnienia kierunku rozumowania płynącego z orzeczenia O’Keeffe przeciwko Irlandia (3510/09) – wyrok z 28 stycznia 2014 r. – brak ochrony uczennicy przed wykorzystaniem seksualnym przez nauczyciela w 1973 r.



Marek J. Lubelski

Dr hab., prof. Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

# Kryzys filozofii karania? Garść refleksji na tle nowelizacji k.k. z 20 lutego 2015 r.<sup>1</sup>

1. Wypadnie zacząć od stwierdzenia, że uchwalona przez Sejm 20 lutego 2015 r. nowelizacja kodeksu karnego (dalej: k.k.)<sup>2</sup>, która weszła w życie 1 lipca 2015 r., jest zdecydowanie największą zmianą stanu prawnego od wejścia w życie obecnie obowiązującego k.k., czyli od 1 września 1998 r. Sama historia drogi ustawodawczej tej nowelizacji, nie mówiąc już o wcześniejszych wieloletnich pracach Komisji Kodyfikacyjnej prawa karnego<sup>3</sup>, idących zresztą także w zupełnie innych kierunkach

---

<sup>1</sup> Referat niniejszy jest rozbudowaną wersją wystąpienia na XV Konferencji naukowej „Państwo, gospodarka, społeczeństwo”, która odbyła się na Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego 8 i 9 czerwca 2015 r.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 396.

<sup>3</sup> Projektowana reforma k.k. była m.in. przedmiotem burzliwych wystąpień na obradach plenarnych Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego i Kryminologii, który odbył się w Warszawie, na UW 19–21 września 2014 r. oraz na ogólnopolskiej konferencji naukowej „Przewodnie idee nowelizacji kodeksu karnego – w 80-lecie pierwszej kodyfikacji Polski odrodzonej”, która odbyła się na KAAFM 16–18 czerwca 2013 r. W przedmiocie zawilości dróg powstania nowelizacji z 20 lutego 2015 r. por. np. W. Wróbel, *Uwagi wstępne*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 27–29. Brak uzasadnienia, w przekonaniu autora tego

i budzących w przedmiocie licznych propozycji, zwłaszcza dotyczących tzw. zasad odpowiedzialności karnej, a więc pierwszych trzech rozdziałów k.k., ostre kontrowersje, zakończone finalnie zaniechaniem, w skierowanym do Sejmu projekcie rządowym, większości z nich<sup>4</sup>.

opracowania, dla dalszego referowania, bogatej zresztą, debaty naukowej poprzedzającej wprowadzenie zmian do k.k. nowelizacją, o której mowa. Paradoksalnie nieco, publikowane wystąpienia dotyczyły projektowanych przez Komisję Kodyfikacyjną zmian, które ostatecznie w nowelizacji się znalazły (choć nasuwa się refleksja, że projektowane zmiany do rozdz. I–III k.k. nie zasługiwały stopniem ich przygotowania na wdrożenie jako litera prawa obowiązującego). Powołam jednak swoje własne opracowanie, gdyż akurat ono plasuje się w linii „ideologii” uchwalonej 20 lutego nowelizacji: M.J. Lubelski, *Od kary celowej do kary słusznej lub zastosowania środka karnego wyznaczonego zasadami słusznej represji karnej – uwagi w przedmiocie ideologii karania, w 80-lecie pierwszej kodyfikacji karnej Polski Odrodzonej*, [w:] *Idee nowelizacji kodeksu karnego*, red. M. Lubelski, R. Pawlik, A. Strzelec, Kraków 2014, s. 17–40.

<sup>4</sup> Warto też przytoczyć fragment *Słowa wstępnego* J. Widackiego do *Idei nowelizacji kodeksu karnego...*, a dotyczący właśnie filozofii karania: „Kolejnym mitem, demaskowanym, choć wciąż nieskutecznie, jest od ponad 200 lat przekonanie, że surowość kar jest najlepszym środkiem służącym do poskromienia przestępczości. Przeciwn takiemu podejściu protestowali filozofowie i uczeni prawnicy już w okresie Oświecenia (m.in. Monteskiusz, Beccaria, Sebastian Czochron). Te oparte na racjonalnych rozumowaniach i życiowym doświadczeniu przekonania [...] uzasadniają twierdzenie, że poziom przestępczości w minimalnym stopniu zależy od surowości wymierzanych kar”. *Idee nowelizacji...*, s. 12. J. Widacki podkreśla też, a jest to teza powoływana przez wszystkich omalże jako wiodący motyw uzasadniający konieczność wdrożenia nowelą zmian przewidzianych w modelu kar, środków karnych i środków zabezpieczających, że poziom przestępczości w Polsce jest jednym z najwyższych w Unii Europejskiej, mimo iż tzw. współczynnik przestępczości plasuje się zdecydowanie poniżej średniej europejskiej (*ibidem*, s. 11). Odnotuję jeszcze tylko, że dokładnie tak samo argumentował konieczność zmian były Przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej prawa karnego prof. Andrzej Zoll w swoim wystąpieniu na Konferencji w Warszawie, na UKSW, 20 maja 2015 r. (szersze dane o Konferencji w przypisie kolejnym). Identycznie Rządowe uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks karny i innych ustaw, pierwszego z wiodących (czyli różnego od wcześniejszych)

Polskie prawo karne nowelą z 20 lutego 2015 r. zostało zasadniczo zmienione w części, którą w nauczaniu akademickim prawa karnego ciągle, tradycyjnie – i wielce nieadekwatnie – nazywamy nauką o karze. Istotnym modyfikacjom uległy same kary, środki probacyjne, instytucje wymiaru kary, w tym bardzo dalekie zmiany dotknęły instytucję kary łącznej, wreszcie – środki zabezpieczające. Część szczególna k.k. została prawie niezmieniona, podobnie jak podstawowe zasady odpowiedzialności karnej, o czym już wspomniałem. Zmiany przyjęte zostały przez środowiska naukowe co do zasady akceptująco<sup>5</sup>. Praktycy podnoszą liczne wątpliwości dotyczące wykładni określonych, a trzeba przyznać – nierzadko bardzo zagmatwanych redakcyjnie, przepisów<sup>6</sup>.

---

do uchwalenia noweli ustawy karnej z 20 lutego br., a pochodzące z dnia 28 marca 2014 r., znak DPK-I-400-12/13, gdzie mowa (pkt 1.1) o wadliwej strukturze orzekanych przez sądy kar w relacji do poziomu i charakterystyki przestępczości oraz gdzie podawane są dane porównawcze, wedle których (s. 3) jedynym krajem UE wyprzedzającym Polskę w rankingu współczynnika osadzonych na 100 000 mieszkańców (prizonizacji) były do 2013 r. Czechy, które w tym to roku wdrożyły rozwiązania amnestyjne. Uzasadnienie mówi też o „czytelnej aksjologii” kodeksu karnego w odniesieniu do stosowania kar (prymat kar wolnościowych), ignorowanej jakoby przez sądy (terminy użyte w omówieniu projektu własne – M.J.L.).

<sup>5</sup> Przytoczę informacje o kilku tylko odbytych ostatnio w Polsce konferencjach i spotkaniach naukowych poświęconych lutowej noweli do k.k. (materiały pokonferencyjne, w formie drukowanej, jak zawsze ukażą się zapewne z opóźnieniem, byłem uczestnikiem prawie wszystkich z wymienionych): „Kary i inne środki reakcji na czyn zabroniony w świetle noweli do kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.”, UKSW, Warszawa, 20 maja 2015; „Nowelizacja kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.”, KUL, Lublin, 26 maja 2015 r.; „Przemiany w prawie karnym po nowelizacjach z 27 września 2013 r. oraz 20 lutego 2015 r.”, KAAFM, Kraków, 19 czerwca 2015 r.; „Zmiany wprowadzone nowelizacjami z 2015 r. w zakresie środków penalnych”, INP PAN, Warszawa, 23 czerwca 2015 r.; IV Krakowskie Forum Karnistyczne, UJ, Kraków 30 czerwca 2015 r. Trzeba przyznać, że, jak na Polskę, aktywność naukowa wręcz niebywała.

<sup>6</sup> Można zgodzić się z W. Wróblem, że „niestety, w trakcie prac rządowych i parlamentarnych do projektu wkradło się wiele niespójności i sprzeczno-

Inaczej jest z nowelizacją przepisów k.p.k. (która także weszła w życie 1 lipca 2015 r.), wdrażającą tzw. kontryktoryjny model postępowania przed sądem w sprawach karnych<sup>7</sup>, ale nie o k.p.k. będzie tu mowa, może więc (i winniśmy), choć z żalem, zmienioną procedurę karną zostawić na boku prowadzonych dalej rozważań. Forum kształtowania głoszonych w opracowaniu ocen są zarówno zorganizowane ostatnio przez różne ośrodki akademickie konferencje naukowe, z licznym udziałem praktyków, jak i publikacje obejmujące stan prawa karnego materialnego w Polsce po nowelizacji z 20 lutego 2015 r. (*notabene* kolejna, ale nie tak obszerna i ważąca nowelizacja miała miejsce już 20 marca 2015 r.<sup>8</sup>). Zmiany dokonane nowelizacją z 20 lutego mają już stosunkowo bogate piśmiennictwo<sup>9</sup>.

---

ści, które w pewnych przypadkach prowadziły wręcz do uniemożliwienia (lub znacznego utrudnienia) realizacji celów nowelizacji kodeksu karnego (W. Wróbel, *op. cit.*, s. 28). Autor ten pisze także (dość zasadnie), że wprowadzono do k.k. szereg instytucji umożliwiających zmianę orzeczonej już kary pozbawienia wolności na kary wolnościowe, co stanowi, w pewnym stopniu, ograniczoną swym zakresem amnestię (*ibidem*).

<sup>7</sup> Oceny wdrażanej reformy procedury karnej są zróżnicowane. Osobiście należę do jej kontestatorów, a to przede wszystkim z przyczyn nieprzygotowania organów prokuratury i policji do zupełnie zmienionych zadań w ściganiu czynów zabronionych i udziału w czynnościach przed sądem. Wątpliwości moje budzi nadto przeniesienie prawie że mechaniczne anglosaskiego modelu wymierzania sprawiedliwości karnej w zupełnie inny kontekst kulturowy, jakim jest Polska lat „nastych” XXI w. Szczególne wątpliwości budzi reforma procedury karnej w środowisku prokuratorów, czemu trudno się dziwić, uwzględniając liczbę nowych zadań, jakie na oskarżyciela w postępowaniu przed sądem zostały nowelą k.p.k. nałożone – w tej ostatniej materii por. np. *Przyszłość prokuratury po zmianach w 2015 r. Praca zbiorowa*, Warszawa 2015, sygnowana przez Zarząd Stowarzyszenia Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, będąca pokłosiem konferencji poświęconej noweli wprowadzającej model kontryktoryjny, odbytej 30 maja 2014 r.

<sup>8</sup> Dz.U. z 2015 r., poz. 541, zmiany wynikające z tej ustawy weszły w życie już 18 maja 2015 r.

<sup>9</sup> Por. np., oprócz powołanego już opracowania poświęconego wyłącznie nowelizacji, pod red. W. Wróbla (*Nowelizacja prawa karnego 2015...*),

Nowelizacja nie zmieniła podstawowych zasad i dyrektyw wymiaru kary i środków karnych, określonych w art. 3, 53 i 54 oraz 55 k.k.<sup>10</sup>. Zmiany zaszły za to w innych obszarach formułowania dyrektyw karania i stosowania innych środków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony, co jest oczywiste, choćby ze względu na wyodrębnienie spośród środków karnych przypadku i środków kompensacyjnych (o czym mówi nowy rozdział Va k.k.), zmianie uległo więc np. brzmienie art. 56 k.k. Zasadniczo jednak sprawy systemu środków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony nie będą przedmiotem dalszych rozważań. Skupię się wyłącznie na jednym z elementów tego systemu – karach, w rozumieniu, jakie nadaje temu terminowi k.k.<sup>11</sup>.

2. Przechodząc do meritum – zacznę od krótkiego zarysowania debaty nad kwestią: czy karanie jako takie jest humanistyczne czy też tylko

---

M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015; *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, wyd. 3, Warszawa 2014; *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, wyd. 2, Warszawa 2015; *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1 i 2, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 3, Warszawa 2015.

<sup>10</sup> Pozwolę sobie tutaj powołać swoją własną publikację dotyczącą tej niezwykle ważnej, ale też i mocno pogmatwanej materii: por. M. Lubelski, *Zasady i dyrektywy wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych) – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka i W. Wróbel, Warszawa 2013, s. 238–256. Nie od rzeczy będzie też tu przywołać inną moją publikację dotyczącą tej samej sfery regulacji norm prawa karnego, której konkluzje ściśle korespondują z wyłączeniem nowelą 20 lutego 2015 r. środków kompensacyjnych z logiki represji karnej i poddanie ich po prostu logice prawa cywilnego, zob. M. Lubelski, W. Lubelski, *Konsekwencje cywilnoprawnego charakteru obowiązku naprawienia szkody w świetle rozstrzygnięć prawa karnego materialnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*, red. Z. Cwiakalski i G. Artymiak, Warszawa 2010, s. 395–412.

<sup>11</sup> Używam zbiorczego określenia „środki reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony”, obejmując nim także klasycznie rozumiane kary; czasami równorzędnym w literaturze jest termin „środki penalne”.

humanitarne. Wiedziono ją, jakiś czas temu, w ramach dyskusji na konferencji poświęconej profesorowi Marianowi Cieślakowi i jego twórczości naukowej, odbytej w Gdańsku 11 i 12 października 2011 r.<sup>12</sup>. Piotr Hofmański przedstawił programowy referat zatytułowany *Zasada humanizmu w prawie karnym*, głosząc, że zasada humanizmu należy do naczelných zasad prawa karnego i całego systemu prawa. W prawie karnym odgrywa rolę fundamentalną w obszarze zarówno systemu norm regulujących podstawy odpowiedzialności, zwanych materialnymi, jak i systemu opisującego wykonanie orzeczeń, zwanych prawem wykonawczym, czy wreszcie norm regulujących przebieg procesu karnego<sup>13</sup>. Trzeba się zgodzić, z P. Hofmańskim, a tym samym z M. Cieślakiem, że

jest jasne, że zasada tego rodzaju ma rację bytu tylko wtedy, gdy koresponduje z nią właściwie ukształtowany system kar i innych środków reakcji karnej. Nikt pewnie już dziś nie ma wątpliwość co do tego, że nie da się humanitarnie zabijać za karę. [...]. Zasada humanizmu (czy humanitaryzmu) odnosi się także do innych kar. [...] Humanitaryzm to także wartość, która musi być uwzględniana przy wymiarze kar nieizolacyjnych [...]. kara może być orzekana wyłącznie w granicach wyznaczonych jej celami [...]<sup>14</sup>.

Przytoczyłem obszerniej wypowiedzi P. Hofmańskiego, gdyż tym samym dotykam bardzo ważnego aspektu mojego tematu (niestety niemożliwe jest, aby go szerzej tutaj rozwinąć, choć to przecież temat-morze), a mianowicie idei kształtujących obecny system kar polskiego k.k., nawet jeżeli nie zostały one wypowiedziane przez ustawodawcę w tekście ustawy, co skrótowo określiłem „filozofią karania”. Na konferencji polemizowałem z P. Hofmańskim, głosząc, że karanie, przynajmniej kara pozbawienia wolności, nigdy nie może być humanistyczne, zachodzi tu nieprzeczwycięzalna antynomia i – trafnie – ustawodawca

<sup>12</sup> Dorobek tego przedsięwzięcia zawiera publikacja: *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, red. W. Cieślak i S. Steinborn, Warszawa 2013.

<sup>13</sup> P. Hofmański, *Zasada humanizmu w prawie karnym*, [w:] *Profesor Marian Cieślak...*, s. 63.

<sup>14</sup> *Ibidem*.



w art. 3 k.k. mówi tylko o humanitaryzmie, które to określenie niesie zupełnie inne konotacje treściowe (zauważmy ponadto, że Konstytucja RP mówi tylko o różnych aspektach humanitaryzmu karania – powołałam tu w całości rozdział Konstytucji o prawach i wolnościach oraz ich pozbawianiu, czyli art. od 38 do 56 Konstytucji, karanie dotyczy przecież pozbawienia lub ograniczania praw i wolności osobistych), ale wyżej przytoczone wypowiedzi mogą akurat w pełni zaakceptować, gdyż są dostatecznie wielokontekstowe i niejednokierunkowe w swej wymowie<sup>15</sup>. Sam mistrz Marian Cieślak określał zasadę humanizmu w sposób następujący, zaliczając ją, obok zasady praworządności i sprawiedliwości, do naczelných zasad polskiego prawa karnego (a więc nie tylko materialnego, ale i procesowego oraz wykonawczego): za Bogdanem Suchodolskim, przy wieloznaczności samego słowa „humanizm”, Cieślak przyjął, że humanizm to pogląd na świat i postawa wobec życia wyrażające się w zasadzie „wszystko przez człowieka i wszystko dla człowieka”<sup>16</sup>, formułując na takiej bazie bardzo rozwiniętą zasadę, której słowa wstępne brzmią:

organy państwowe i społeczne powinny mieć na oku dobro człowieka, działać w sposób ludzki i życzliwy, uznając nienaruszalne prawo człowieka do życia, uwzględniając szacunek dla jego osoby i jego ludzkiej godności oraz unikając zwiększania dolegliwości i ograniczeń ponad miarę niezbędną dla realizacji celów prawa<sup>17</sup>.

Tekst trochę archaiczny, bo organy społeczne zadań państwa w zakresie karania w III RP raczej nie realizują (trochę inaczej było, gdy M. Cieślak pisał swój podręcznik, były to czasy PRL), i mimo wszystko niekonsekwentny, bo dostrzegający antynomię humanizmu i karania tylko na poziomie kary śmierci – P. Hofmański, współcześnie, dostrzega

<sup>15</sup> Por. M.J. Lubelski, *Czy karanie może być humanistyczne?*, [w:] *Profesor Marian Cieślak...*, s. 315–330.

<sup>16</sup> B. Suchodolski, *Trzy spojrzenia na Europę*, „Polityka” 1984, nr 32, s. 12, [za:] M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, [w:] idem, *Dzieła wybrane*, t. 3, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 105.

<sup>17</sup> M. Cieślak, *op. cit.*, s. 106.

ją także na poziomie dożywotniego pozbawienia wolności, zwłaszcza gdyby wykluczono możliwość skorzystania z dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia<sup>18</sup>, i to plasując sprzeczność, w pełni trafnie w moim mniemaniu, już na poziomie humanitaryzmu, a nie humanizmu.

Powtórzę: każde pozbawienie wolności ze swej natury jest nie tylko niehumanistyczne, ale łatwo staje się niehumanitarne, szczególnie w krajach o niższym stopniu zaawansowania rozwoju cywilizacyjnego – i to nie tylko gdy czynione jest jako kara (ale zwłaszcza wtedy), też gdy dotyczy chorych psychicznie sprawców czynów zabronionych (tzw. detencja) czy nielegalnych imigrantów (tzw. ośrodek deportacyjny). Tytuł tego opracowania mógłby więc być może brzmieć zasadnie „kryzys filozofii karania karą pozbawienia wolności”, co jest tezą znacznie dalej idącą niż sam „kryzys kary pozbawienia wolności”, o którym pisał Jerzy Śliwowski w 1981 r.<sup>19</sup>.

3. Zasadniczy wywód niniejszego opracowania dotyczy tego, co wydarzyło się w polskim prawie karnym w wyniku nowelizacji z 20 lutego 2015 r. Mianowicie, trzeba przyjąć, że liczba kar w k.k. gwałtownie się powiększyła, mimo że ustawodawca nie zmienił brzmienia art. 32 k.k., zawierającego katalog kar<sup>20</sup>.

Tym samym chciałbym odnieść się teraz do jednej tylko kwestii, o czysto poznawczym, rzecz można – klasyfikacyjnym, charakterze, a mianowicie podjąć próbę udzielenia odpowiedzi na mocno prowokacyjne, być może, pytanie: ile kar przewiduje polska ustawa karna po wejściu w życie nowelizacji z 20 lutego 2015 r.? Nie ulega wszak

<sup>18</sup> P. Hofmański, *op. cit.*, s. 65.

<sup>19</sup> J. Śliwowski, *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie. Rozważania penitencjarne i penologiczne*, Warszawa 1981.

<sup>20</sup> Dalszy ciąg opracowania zawarty w pkt 3 jest zmodyfikowaną wersją „głosu w dyskusji” na konferencji, która odbyła się na KUL 26 maja 2015 r. (por. przypis 4). Organizatorzy konferencji nie planują wydania *in extenso* materiałów z tych obrad.

zmianie brzmienie art. 32 k.k., zgodnie z którym karami są: grzywna, ograniczenie wolności, pozbawienie wolności, 25 lat pozbawienia wolności, dożywotnie pozbawienie wolności. Tym niemniej zmiany dokonane w ustawie, zwłaszcza w rozdziale IV, zatytułowanym wszak „kary”, ale nie tylko w tym rozdziale, nakazują rozważenie spojrzenia szerszego, opartego na przekonaniu, że mówić trzeba zasadnie o „katalogu środków prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony”, na który składają się kary, środki karne, przepadek i środki kompensacyjne, środki probacyjne, środki zabezpieczające – a który to katalog, oparty na terminologii ustawy, poszerzyć trzeba jeszcze o środki resocjalizacyjne, jakim jest chociażby znany ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich zakład poprawczy czy zastępcza za grzywnę praca społecznie użyteczna, o której mówi art. 45 i nast. k.k.w. Osobną kwestię stanowi zaliczenie do katalogu środków reakcji prawnokarnej odstąpienia od wymierzenia kary oraz umorzenia postępowania na podstawie nowego art. 59a k.k., które to instytucje związane są przecież ściśle z rozpoznaniem przez sąd orzekający określonych ustawą celów przyświecających karaniu. Ogląd systemowy wydaje się więc trafny i usprawiedliwiony z poznawczego punktu widzenia, nawet jeżeli prowadzić będzie do wniosku, a będzie, że wyliczenie z art. 32 k.k. nie jest kompletne – ba, nawet stało się po 1 lipca 2015 r. mylące. Każde przecież rozstrzygnięcie przyjęte przez sąd w wyroku skazującym, w którym wystąpią zarówno dosłownie określone w art. 32 k.k. kary, jak również tam tak wyraźnie nienazwane, a pojawiające się w jakże różnym ustawowo ich możliwym kształcie, będzie skazaniem na karę kryminalną, jak to zwykle określamy, nawet jeżeli treść rozstrzygnięcia, czyli ukształtowana w wyroku kara, będzie stanowiła kompozycję elementów nieprzystających wprost, w czysto językowym wyrazie, do przywołanego katalogu, i to nie tylko na skutek wielopostaciowości kary ograniczenia wolności, w kształcie, jaki ta kara przybrała po 1 lipca.

Kara ograniczenia wolności w nowym kształcie ma cztery różne postacie, które zgodnie z brzmieniem nowego art. 34 §1b k.k. orzeka się łącznie lub osobno (alternatywa rozłączna, jednoznacznie zezwalająca

karze nadać tylko jedną z wymienionych w ustawie odmian lub łączyć je w dowolnych konstelacjach, oczywiście przy uwzględnieniu zasad i dyrektyw wymiaru kary). Dotychczas kara ograniczenia wolności była zasadniczo jednopostaciowa – polegała na obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne, który to obowiązek mógł być zamieniony, w stosunku do osoby zatrudnionej, na potrącenie od 10 do 25% wynagrodzenia za pracę (art. 34 §2 i 35 §2 k.k.). Na skazanym ciążył obowiązek niezmienniania bez zgody sądu miejsca pobytu oraz udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary. Na sprawcę można było nałożyć też obowiązki przewidziane w art. 72 k.k.<sup>21</sup>.

Po nowelizacji kara ograniczenia wolności może przybrać postać: nieodpłatnej, dozorowanej pracy na cele społeczne, czyli mieć kształt, który miała dotychczas; zastosowania dozoru elektronicznego pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, co jest całkowitym *novum*, nadto trzeba podnieść, że dozór elektroniczny był wcześniej formą wykonania kary pozbawienia wolności<sup>22</sup>; obowiązku, o którym mowa w art. 72 §1 pkt 4–7a ustawy po nowelizacji, co jest *de facto* też *novum*, bo w poprzednim stanie prawnym obowiązki probacyjne nie były samodzielną postacią kary ograniczenia wolności; wreszcie – potrącenia od 10 do 25% wynagrodzenia za pracę na cel społeczny wskazany przez sąd, co *novum* nie jest, ale trudno nie

<sup>21</sup> Dotychczasowy kształt kary ograniczenia wolności jest dobrze opisany w literaturze, por. np. A. Ornowska, *Kara ograniczenia wolności*, Warszawa 2013, a także tej samej autorki *Kara ograniczenia wolności w świetle nowelizacji kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego*, Opole 2013; za szczególnie wartościową publikację dotyczącą pożądanego kształtu tej kary uważam pracę M. Szewczyk, *Kara pracy na cele społeczne na tle rozważań o przestępstwie i karze. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1996.

<sup>22</sup> Na temat dozoru elektronicznego w polskich realiach por. np. W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009; M. Rusinek, *Ustawa o dozorze elektronicznym. Komentarz*, Warszawa 2010; A. Kiełtyka, A. Ważny, *Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego*, Warszawa 2011.

odnotować, że znowelizowana ustawa inaczej sytuuje ową postać: nie jest już wariantem kary pracy na cele społeczne, lecz rozwiązaniem samoistnym. Można więc uznać, że ustawa karna da po nowelizacji sądom orzekającym możliwość zastosowania samodzielnie czterech różnych postaci kary ograniczenia wolności, z których jeden jest zmodyfikowaną formą tego, co obecnie jest pozbawieniem wolności, inny czystą probacją, jeden jakby karą pieniężną, a tylko jeden odpowiada wyjściowej formie koncepcji, która legła u podstaw kary ograniczenia wolności, zresztą nie tylko w naszym ustawodawstwie.

Alicja Grześkowiak trafnie wywodzi, że przewidzianą w art. 37b znowelizowanej ustawy koniunkcję kar krótkoterminowego pozbawienia wolności, w wymiarze 3 miesięcy, a przy najcięższych występkach – 6 miesięcy, z karą ograniczenia wolności, zapewne orzekanej w każdej z przewidzianych art. 34 §1a postaci, trzeba uznać za samodzielną, inną od wymienionych w katalogu art. 32 karę<sup>23</sup>.

Za samodzielną karę trzeba też uznać, w moim przekonaniu, warunkowo zawieszoną karę pozbawienia wolności do roku, o której mówi znowelizowany art. 69 §1 k.k. Chociażby zmiana przesłanek tak orzekanej kary, w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, poprzez adresowanie jej tylko do osób niekaranych uprzednio na karę pozbawienia wolności, a nie tylko ograniczenie górnego pułapu kary warunkowo zawieszonej, czy zmiana przesłanki obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary (art. 75 §1 k.k. w nowym brzmieniu) czyni z niej rozwiązanie innego rodzaju i nakazuje sytuować w katalogu kar (zdaję sobie sprawę z dyskusyjności zajętogo stanowiska)<sup>24</sup>.

Za karę nową w polskim stanie prawa karnego uważam karę łączną w wymiarze do 20 lat pozbawienia wolności, o której mówi nowy art. 86 §1 k.k. Dotychczas pułap 15 lat pozbawienia wolności był

---

<sup>23</sup> A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3 Warszawa 2015, s. 328.

<sup>24</sup> Z olbrzymiej literatury dotyczącej probacji przywołam tylko najnowszą publikację A. Balandynowicza, *Probacyjna sprawiedliwość karząca*, Warszawa 2015.

nieprzekraczalny (art. 86 §1 k.k.). Kara łączna może, i będzie mogła, w przypadkach ustawą przewidzianych, wynieść, w wyniku sumowania kar częściowych, 25 lat, ale pomiędzy karą 25 lat i „zwykłą” karą pozbawienia wolności nie było ciągłości. Po nowelizacji dystans obu wymiarów się znacząco zmniejszy.

Naliczyłem więc łącznie 11 kar kodeksu karnego po jego nowelizacji z 20 lutego 2015 r., w tym cztery różniące się przecież zasadniczo odmiany kary ograniczenia wolności. Przeprowadzony wywód ma oczywiście tzw. akademicki charakter, ale czyż Akademia nie jest od tego, by liczyć byty? Uwzględniając paletę pozostałych środków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony, uzyskujemy niezwykle wręcz bogactwo rozwiązań, które sąd może zastosować w stosunku do sprawcy czynu zabronionego. Pozostaje dobrze znany problem realnej możliwości rozpoznania przez sąd w postępowaniu karnym okoliczności natury osobopoznawczej, które winny leć u podstaw rozstrzygnięcia co do wyboru kary, tylko wyboru kary się trzymając (inne warianty możliwego rozstrzygnięcia, jak np. uwolnienie od kary i poprzestanie na orzeczeniu środka karnego albo świadczenia pieniężnego, albo przepadku, czy warunkowe umorzenie postępowania, czy odstąpienie od wymierzenia kary, czy wreszcie umorzenie w trybie art. 59a k.k., z konieczności zachowania sensownych ram wystąpienia, pomijam). O rzeczywistym znaczeniu wprowadzanych zmian zadecyduje niewątpliwie praktyka orzecznicza sądów karnych.

4. Wypada, ze względu na tytuł opracowania, powiedzieć coś o samej „filozofii karania”, choć jak już pisałem, traktuję to określenie jako równoznaczne z zespołem idei kształtujących system kar, nawet jeżeli nie zostały one wyraźnie wypowiedziane przez ustawodawcę w tekście ustawy. Używam więc pewnego skrótu myślowego, hasła dla pytania, „co to jest kara, co pod określeniem «kara» się kryje czy winno kryć”. Ograniczę się do przywołania tylko jednej z wypowiedzi współczesnej literatury polskiej, bo zagadnienie jest tak obszerne, że wszelki zamysł szerszego nakreślenia trzeba uznać za chybiony.

Jarosław Utrat-Milecki<sup>25</sup>, współczesny polski penolog o bogatym dorobku, po przeglądzie racjonalizacji kary i ich krytyki dochodzi do wniosku, że

karą kryminalną nazywamy działania społeczne ze sfery kontroli społecznej zaspokajające potrzeby osób i zbiorowości w zakresie poczucia ładu społecznego, sprawiedliwości i bezpieczeństwa, posiadające zasadę naczelną, czyli zamiary i cele, które stanowią podstawę ich racjonalizacji, normy oraz personel i urządzenia materialne, a także funkcje społeczne rozumiane jako ich uświadomione i nieuświadomione konsekwencje, podjęte w formach organizacyjnych podlegających instytucjonalizacji w przepisach prawa i decyzjach sądów oraz innych uprawnionych organów państwa, jeśli wyczerpują następujące znamiona:

- opierają się na wolnej woli podmiotu oddziaływań;
- są odpowiedzią na ściśle zdefiniowany wcześniej w prawie czyn podmiotu naruszający w sposób dolegliwy ład społeczny *in abstracto* i *in concreto*;
- są odpowiedzią na winę, czyli zarzucalne sprawstwo podmiotu oddziaływań;
- zakładają ostateczne uznanie winy podmiotu przez uprawniony autorytet (sąd) w sposób zgodny z przyjętymi wcześniej procedurami;
- są podejmowane na podstawie przyzwolenia, by wobec podmiotu stosować w stopniu nadzwyczajnym przymus i przemoc fizyczną;
- są częścią procesu świadomego zadawania podmiotowi dolegliwości przez pozbawianie go cenionych społecznie dóbr;
- wyrażają potępienie podmiotu, które znajduje wyraz w zerwaniu z nim dotychczasowych więzi społecznych i wpływa negatywnie na możliwość i sposób realizacji jego uprawnień;
- wiążą ocenę zarzucanego podmiotowi czynu i wymiaru wyrażanego potępienia oraz zadawanej mu dolegliwości z prawdziwymi założeniami aksjologicznymi naruszonego ładu;
- opierają się na zinstytucjonalizowaniu miary dla zadawanych dolegliwości;
- przewidują reguły publicznego pojednania z podmiotem oddziaływań determinujące podejmowanie prób umożliwienia mu powrotu do stanu normalnego funkcjonowania w społeczeństwie;
- zakładają uznanie prawa łaski.

---

<sup>25</sup> J. Utrat-Milecki, *Kara. Teoria i kultura penalna: perspektywa integralnokulturowa*, Warszawa 2010, s. 120 i 121.

W tej, jakże rozbudowanej definicji, którą musiałem przytoczyć w całości, bo nie da się jej skrócić ani opisać, nie okaleczając treści, nie ma ani słowa o źródłach „ideologii karania”, czyli inspiracji religijnej, filozoficznej, moralnej czy jakiegoś innego gatunku, by sprawcy zwinionego czynu zabronionego zadawać ból, cierpienie, poniżyć go, poddawać przymusowi, okaleczać społecznie. Mowa jest wprawdzie o „zasadzie naczelnej”, czyli zamiarach i celach, które są „podstawą ich racjonalizacji”, wreszcie, że kara kryminalna należy do „działań z zakresu kontroli społecznej”, zaspakajających potrzeby w zakresie „ładu społecznego, sprawiedliwości i bezpieczeństwa”. Nietrudno dostrzec, że katalog środków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony, które można i należy z punktu widzenia terminologii ustawy klasyfikować jako kary, od 1 lipca 2015 r. obejmuje „działania społeczne” zasadniczo pozbawione niektórych przynajmniej z wyliczonych przez Utrat-Mileckiego przymiotów: nie ma w nich jakiejś szczególnej dolegliwości ani szczególnego potępienia, ani zerwania więzi społecznych. Przeciwnie – chodzi o to, by takich elementów było jak najmniej. Należą do nich (kar z bardzo ograniczonym poziomem represyjności): przynajmniej niektóre warianty kary ograniczenia wolności (probacyjny i potrąceń z wynagrodzenia), warunkowo zawieszona w wykonaniu kara pozbawienia wolności do roku, w dużym stopniu kara mieszana (kara koniunkcyjna). Nawet kara grzywny i kara ograniczenia wolności we wszystkich swych wariantach zaopatrzone zostały w rozwiązania umożliwiające uniknięcie pobytu w zakładzie karnym sprawcy niepodlegającego się obowiązkom wynikającym z orzeczonej kary. Mówi o tym kodeks karny wykonawczy, który przykładowo przewiduje zastępczą pracę społecznie użyteczną za niewykonaną grzywnę w wymiarze do stu dwudziestu stawek dziennych (art. 45 k.k.w.). W przypadku ograniczenia wolności, która ma być fundamentem karania, jeżeli „względy wychowawcze za tym przemawiają” (tak brzmi tekst znowelizowanej ustawy) przewidziano możliwość ustanowienia, rozszerzenia lub zmiany obowiązków, o których mowa w art. 34 §1a pkt 3 k.k., czy też, z tych samych względów, zmianę w toku postępowania wykonawczego orze-



czonej liczny godzin wykonywanej pracy w stosunku miesięcznym lub wysokość miesięcznych potrąceń z wynagrodzenia za pracę (art. 61 § 1 § 2 k.k.w. po zmianach, które weszły w życie 1 lipca 2015 r.). Nadto sąd może uznać karę za wykonaną, nawet w razie niewykonania pełnego wymiaru pracy albo niedokonania całości potrąceń z wynagrodzenia za pracę lub niewykonania innych obowiązków, jeżeli „cele kary zostały osiągnięte” (art. 64 §1 k.k.w. po zmianach).

Wobec sprawcy skazanego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, który w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności popełnił inne przestępstwo niż określone w art. 75 §1 k.k., albo jeżeli uchyla się od uiszczenia grzywny, dozoru, wykonania nałożonych obowiązków lub orzeczonych środków karnych, środków kompensacyjnych lub przepadku, sąd może, jeżeli cele kary zostaną spełnione, mając na względzie wagę i rodzaj czynu zabronionego przypisanemu skazanemu, zamiast zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności zamienić ją na karę ograniczenia wolności w formie obowiązku nieodpłatnej, dozorowanej pracy na cele społeczne [...].

Tak brzmi art. 75a §1 k.k. po zmianach dokonanych w ustawie karnej nowelą z 20 lutego 2015 r. Nieodparcie wysuwają się na plan pierwszy „cele kary”, których spełnienie pozwala na tak zaskakujący zabieg jak substytucja kary pozbawienia wolności karą ograniczenia wolności w przypadku niepodołania przez sprawcę próbie. Myślę, że prawidłowe odczytanie tych słów oznacza „sprawca nie będzie stwarzał zagrożenia dla porządku prawnego mimo niewykonania warunkowo zawieszanej kary pozbawienia wolności”, ale zostawmy debatę nad możliwą wykładnią, bo nie o to w tym miejscu chodzi. Wskazuję, przecież ciągle tylko przykładowo, erozję klasycznie rozumianego karania, z racji, jak mniemam, które wywiodłem w części wstępnej mojego opracowania.

Nieuchronnie nasuwa się paralela myślowa, niekoniecznie w pełni uprawniona, z procesem, który nastąpił w przypadku odpowiedzialności nieletnich za czyny zabronione pod groźbą kary sądowej, a którą reguluje do dzisiaj w Polsce ustawa o postępowaniu w sprawach

nieletnich z 26 października 1982 r.<sup>26</sup>. Mimo licznych zmian, planów napisania nowej, innej ustawy w jej miejsce, krytyk i wątpliwości, ustawa funkcjonuje do dnia dzisiejszego i zasadniczo wyjmuje nieletnich spod karania. Jak pisze Tadeusz Bojarski, w chyba najnowszym z opracowań prawa nieletnich, „w zakresie podstawowych założeń” przyjęty model postępowania w sprawach nieletnich powinien zostać zachowany<sup>27</sup>. Nieco podobnie jest z przyjętymi w polskim prawie karnym zasadami odpowiedzialności młodocianych, który to obszar regulacji penalnych, nie uległ, jako chyba jedyny, od dziesięcioleci żadnym istotnym zmianom ani nie był poddawany znaczącej krytyce<sup>28</sup>.

Dla uzupełnienia obrazu wspomnę tylko, że środki reakcji prawno-karnej na czyn zabroniony, od 1 lipca 2015 r., w zakresie tego, co nazwać można „rezygnacją z karania”, zostają potężnie, że użyję takiego określenia, wzbogacone, m.in. poprzez oblig umorzenia postępowania w stosunku do sprawcy, który będąc uprzednio niekarany za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy, w sprawie o występki zagrożony karą nieprzekraczającą 3 lat pozbawienia wolności (np. tzw. wypadek drogowy), a także występki przeciwko mieniu zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności (tzw. kradzież zwykła), oraz o występki określony w art. 157 §1 k.k. (tzw. zwykłe uszkodzenie ciała lub spowodowanie rozstroju zdrowia), jeżeli nastąpiło jego pojednanie z pokrzywdzonym i naprawienie szkody lub zadośćuczynienie krzywdzie, z tym że uprawnionym do złożenia wniosku jest tylko pokrzyw-

<sup>26</sup> Dz.U. z 2010 r., nr 33, poz. 178 z późn. zm.

<sup>27</sup> T. Bojarski, *Wprowadzenie*, [w:] T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2014, s. 20. Powołać też chcę całą debatę, którą prowadzi w powołanym *Wprowadzeniu* T. Bojarski nad prawem nieletnich w Polsce, bo trudno byłoby zakwestionować zasadność stawianych w niej tez (inne odesłania do prawa nieletnich pomiję).

<sup>28</sup> Z przyjemnością powołam w tym miejscu swoją własną monografię poświęconą młodocianym, a pochodzącą sprzed blisko już 30 lat, por. M.J. Lubelski, *Odpowiedzialność karana młodocianych. Studium nad kryteriami karania*, Katowice 1988.

dzony (pokrzywdzeni – art. 59a k.k. ). Wprawdzie i w przypadku tej instytucji pojawia się klauzula uchylająca (art. 59a §3 k.k.), w razie gdy „umorzenie postępowania byłoby sprzeczne z potrzebą realizacji celów kary”, to jednak, w moim przekonaniu, tak jak i w przypadku odstąpienia od wykonania warunkowo zawieszanej kary pozbawienia wolności, o czym była mowa, chodzić może zasadniczo tylko o ochronę bezpieczeństwa i porządku prawnego.

Zmieniony k.k. ma znacznie rozszerzony zakres stosowalności warunkowego umorzenia postępowania (art. 66 i nast. k.k. po zmianach), gdyż będzie można warunkowe umorzenie zastosować do sprawcy, który popełnił czyn zagrożony karą nieprzekraczającą aż 5 lat pozbawienia wolności.

Wreszcie przywołam zmienioną treść art. 58 §1 k.k. (dyrektywa prymatu kar wolnościowych), który głosi, że gdy czyn zagrożony jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą lat 5, stosuje się karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary, chyba że ustawa orzeczenie kary wolnościowej wyklucza (chodzić może o cechy sprawcy lub charakter czynu). Konsekwentnie cele kary, o których mowa, widzę zasadniczo tylko w kontekście ochrony bezpieczeństwa i porządku prawnego (art. 53 §1 k.k. określa to mianem „celu zapobiegawczego, jaki kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego”, inny cel kary wskazany w tym przepisie jest celem wychowawczym, a walory wychowawcze kary pozbawienia wolności są co najmniej wątpliwe, co jest współcześnie też niewymagającą dyskusji).

5. Z pewnością po wejściu w życie nowelizacji z 20 lutego 2015 r. trzeba zredefiniować cele kary, co oznacza inne niż dotychczasowe odczytanie dyrektyw sterujących karaniem (zasadniczo chodzi o art. 53 i 54 k.k. ale nie tylko). Dyrektywa stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu, czyli tzw. dyrektywa sprawiedliwościowa (wagi czynu) w moim przekonaniu schodzi na plan dalszy w motywach wyboru rodzaju i kształtu (wysokości) kary czy innego środka prawnokarnej

reakcji na czyn zabroniony, przynajmniej przy występkach zagrożonych karą do lat 5 pozbawienia wolności. Wydaje się więc mi trafne, i dopuszczalne, wyrażenie takiej oto myśli wieńczącej to opracowanie: dość popularne było, i jest nawet, nazywanie kary sprawiedliwą odpłatą (tak pisał np. wielki mistrz polskiej karnistyki Juliusz Makarewicz<sup>29</sup>). Czyny zabronione przez prawo pod groźbą kary kryminalnej jako przestępstwa stanowiły dawniej, zasadniczo, że tak określe, różnego rodzaju łajdactwa. Mówienie o odpłacie jako o istocie kary współcześnie, gdy katalog czynów zabronionych pod groźbą kary jako przestępstwo ulega nieustannej i dynamicznej rozbudowie, obejmując coraz to nowe sfery aktywności ludzkiej, postępując wraz z dynamicznymi zmianami cywilizacyjnymi, których jesteśmy świadkami (np. prowadzenie pojazdów mechanicznych w stanie określanym jako nietrzeźwość, co oznacza tylko potencjalne sprowadzenie zagrożenia dla dobra prawnego, może być nawet przez sprawcę nieuświadomiane, a nadto, przy niskich wartościach upojenia, mieć wręcz tylko symboliczny wymiar), jest w przypadku wielu kategorii czynów zabronionych (typów przestępstw) wręcz pozbawione jakiegokolwiek sensu.

W karaniu za czyny drobnej i nawet średniej „wagi”, wyznaczanej tzw. zagrożeniem ustawowym, na plan pierwszy wychodzi nieuchronnie dyrektywa indywidualnoprorewencyjna, a ta ma oparcie w rozpoznaniu stopnia „społecznego niebezpieczeństwa sprawcy” (czyli w jakiś sposób i w jakimś stopniu wracamy do ideologii k.k. z 1932 r. i myśli o racjonalności w stosowaniu środków penalnych). Można mi zarzucać, że głoszę tezy zbyt pochopne, niedostatecznie je wywiodłem, nie uwzględniłem wszystkich opcji i wypowiedzi, jakie już nawet padły w toczącej się żywej debacie. Oczywiście – od uchwalenia nowelizacji minęły zaledwie miesiące, o „wszystkim” rozstrzygnie praktyka orzecznicza sądów polskich, słychać głosy o potrzebie rozpoczęcia prac nad całkiem nową ustawą karną. W każdym przypadku warto stawiać sobie pytanie, przynajmniej w debatach naukowych: po co właściwie karzemy, czym winna być kara,

---

<sup>29</sup> Por. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 19.

a czym nie, jak dopasować środek reakcji prawnokarnej do potrzeb wychowawczych i zapobiegawczych sprawcy czynu zabronionego, jak zaspokajać tzw. społeczne poczucie sprawiedliwości, jak chronić słuszne interesy ofiary i społeczeństwa w ogólności? To, co nazywamy karaniem, nie tylko na poziomie czynów drobnej i średniej „wagi”, winno być zasadniczo tylko rozwiązywaniem konfliktu społecznego powstałego w związku z popełnieniem zawinionego czynu zabronionego pod groźbą kary sądowej przez obowiązujące prawo, słusznie ustanowione i stosowane zgodnie z standardami cywilizacyjnymi, co oznacza między innymi humanitaryzm, proporcjonalność, kompensację, brak opieszałości w ściganiu i wykonaniu orzeczeń. No i – nieuchronnie – większy szacunek dla dóbr chronionych Konstytucją, w tym na pierwszym miejscu, prawa do wolności osobistej. Kara pozbawienia wolności, i w ogóle pozbawianie wolności, także w drodze tzw. tymczasowego aresztowania czy nawet tylko czasowego zatrzymania, winno być ostatecznością, wyznaczaną wagą czynu lub stopniem zagrożenia dla porządku prawnego i bezpieczeństwa państwa, obywateli czy społeczności międzynarodowej. Tylko ktoś całkowicie nieodpowiedzialny mógłby postulować likwidację prawa karnego w jego poprawnym cywilizacyjnie kształcie. Byli tacy – i są – oczywiście w różnych miejscach, ale nie trzeba tutaj o tym szerzej mówić. Mówić natomiast trzeba, że wiele zła wynikało, i wynika, z przekonania, że karanie jako takie, jako sprawianie dotkliwej dolegliwości, jest potrzebne, słuszne, przywraca ład moralny, niweczy ostatecznie abstrakcyjnie pojmowaną winę. Na szczęście, w moim przekonaniu, linie rozwoju współczesnego prawa karnego państw kręgu cywilizacji europejskiej przebiegają w kierunkach niwelujących zbędną i tym samym niesłuszną represję na rzecz innych postaci prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Pisałem o tym niedawno, por. M.J. Lubelski, *Idea kary słusznej w świetle konstytucji i kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Studia prawne. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, red. M. Grzybowski, Kraków 2014, s. 397–418.



Katarzyna Banasik

Dr hab., prof. Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

## Kara w ujęciu neoklasyków von Hirscha i van den Haaga

### Teoria kary Andreasa von Hirscha

Na wstępie celowe jest zarysowanie sylwetki Andreasa von Hirscha. Urodził się w 1934 r. w Szwajcarii (w Zurychu). Wychował się w Anglii i w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Studiował w Oxfordzie i Harvardzie<sup>1</sup>. Doktoryzował się na Uniwersytecie Harvarda<sup>2</sup>. Otrzymał doktorat *honoris causa* Uniwersytetu w Uppsali w Szwecji<sup>3</sup>. Jest emerytowanym profesorem honorowym Uniwersytetu Cambridge oraz profesorem honorowym Uniwersytetu Goethego we Frankfurcie nad Menem<sup>4</sup>. Obecnie mieszka głównie we Frankfurcie<sup>5</sup>. Do 2008 r. większość swych prac opublikował pod zangielszczonym imieniem Andrew, obecnie publikuje, używając oryginalnej formy imienia Andreas<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> AP Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann, *Editors' Introduction. The Honorand and his Work*, [w:] *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, ed. by AP Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann, Oxford and Portland, Oregon 2014, s. XV.

<sup>2</sup> A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, tłum. A. Erdman, L. Schreiber, „Ius at Lex” 2006, nr 1, s. 46.

<sup>3</sup> [http://www.crim.cam.ac.uk/people/emeritus/andreas\\_von\\_hirsch/](http://www.crim.cam.ac.uk/people/emeritus/andreas_von_hirsch/) [dostęp: 21.07.2015].

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> AP Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann, *op. cit.*, s. XV.

Jego zainteresowaniami badawczymi są teoria karania, kryminalizacja i etyczne aspekty zapobiegania przestępczości<sup>7</sup>. Zasłynął po opublikowaniu w 1976 r. monografii zatytułowanej *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Jest jednym z głównych przedstawicieli współczesnej (nowoczesnej) teorii retrybtywnej kary. Von Hirsch jest znany jako twórca teorii kary zasłużonej (*theory of just deserts*) i jest wiodącym adherentem modelu kary zasłużonej (*just deserts model*). Wedle tej teorii kara powinna być proporcjonalna (współmierna – *commensurate desert; gerechter Schuldausgleich*) do wagi (ciężaru) popełnionego przestępstwa<sup>8</sup>. W opracowaniu pod tytułem *Proportionality in the Philosophy of Punishment* von Hirsch stwierdził, że zasada proporcjonalności, zgodnie z którą kary powinny być proporcjonalne w ich dolegliwości do ciężkości kryminalnego zachowania sprawcy, wydaje się podstawowym wymogiem sprawiedliwości<sup>9</sup>.

Teoria kary zasłużonej wywarła wpływ na filozofię karania w Stanach Zjednoczonych Ameryki po opublikowaniu wspomnianej wyżej książki *Doing Justice*. W książce tej von Hirsch podał wyniki prac Komitetu do Spraw Badań Więziennictwa (*Committee for the Study of Incarceration*)<sup>10</sup>, którego był przewodniczącym, oraz poparł zastąpie-

<sup>7</sup> [http://www.crim.cam.ac.uk/people/emeritus/andreas\\_von\\_hirsch/](http://www.crim.cam.ac.uk/people/emeritus/andreas_von_hirsch/) [dostęp: 21.07.2015].

<sup>8</sup> A. Barton, „Just Deserts Theory.” *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, Thousand Oaks, CA 2004, SAGE Reference Online, 1 Aug. 2012, <http://studysites.sagepub.com/hanserintro/study/materials/reference/ref3.1.pdf> [dostęp: 21.07.2015], s. 1; AP Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann, *op. cit.*, s. XV; C. Roxin, *Prevention, Censure and Responsibility: The Recent Debate on the Purposes of Punishment*, [w:] *Liberal Criminal Theory...*, s. 25.

<sup>9</sup> A. von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, „Crime and Justice” 1992, Vol. 16, s. 55, <http://www.class.uh.edu/faculty/tsommers/retribution%20and%20punishment/von%20hirsch%20proprtionality.pdf> [dostęp: 21.07.2015].

<sup>10</sup> Członkowie tego Komitetu odrzucili kary nieoznaczone, a także rehabilitację jako cel karania (S.T. Reid, *Crime and Criminology*, wyd. 3, New York 1982, s. 481).



nie „lecniczego” modelu karania („*treatment*” *model of punishment*) koncepcją karania opartą na karze zasłużonej. Dominujący wówczas w USA model resocjalizacji był coraz bardziej krytykowany z powodu inherentnej mu uznaniowości i przypadków dyskryminacji sprawców (w szczególności należących do mniejszości narodowych, kobiet i ubogich). Teoria resocjalizacyjna zakłada, że przestępstwo jest rezultatem indywidualnej patologii i dlatego kładzie nacisk raczej na przestępcę niż na przestępstwo. Nierzadko zdarzały się przypadki orzekania kar długoletniego pozbawienia wolności nieproporcjonalnych do wagi popełnionego czynu oraz przypadki braku konsekwencji między karami za podobne przestępstwa orzekanymi wobec różnych sprawców<sup>11</sup>.

Model kary zasłużonej wywodzi się z teorii Immanuela Kanta<sup>12</sup>. W piśmiennictwie stwierdza się, że teoria kary zasłużonej jest retributywną teorią karania<sup>13</sup>. Podkreśla się przy tym, że nowoczesna teoria retributywna bardziej akcentuje proporcjonalność niż zemstę<sup>14</sup>. Definiuje się, że retribucja jest karą, która jest zasłużona<sup>15</sup>. Warto zaakcentować, że zdaniem von Hirscha kara nie jest usprawiedliwiona wyłącznie teorią absolutną („*absolute*” *theory*) ani wyłącznie teorią relatywną (teorią względną – „*relative*” *theory*). Jego zdaniem, w uzasadnieniu kary elementy odwołujące się do zasłużenia na karę i elementy prewencyjne muszą zostać połączone<sup>16</sup>. Von Hirsch zaznaczył, że przekonujące teoretyczne uzasadnienie instytucji karania musi „zostawić za sobą” dychotomię między abstrakcyjnymi i relatywnymi pozycjami, twierdząc przy tym, że należy zrezygnować z tradycyjnego rozróżnienia pomiędzy teoriami absolutnymi i teoriami relatywnymi<sup>17</sup>. Wyraźnie

<sup>11</sup> A. Barton, *op. cit.*, s. 1–2.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 1.

<sup>13</sup> Tak np. *ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> „Retribution (Deserved Punishment)”; „Retribution is punishment that is deserved”. G.F. Cole, *The American System of Criminal Justice*, wyd. 3, Monterey 1983, s. 354.

<sup>16</sup> Zob. pogląd A. von Hirscha przedstawiony w: C. Roxin, *op. cit.*, s. 24.

<sup>17</sup> Zob. C. Roxin, *op. cit.*, s. 24.

podkreślił, iż dychotomia „absolutnego” i „relatywnego” utrudnia analizę uzasadnienia kary kryminalnej, ponieważ wymaga wyjaśnienia kary albo całkowicie prewencyjnego, albo całkowicie deontologicznego i retributywnego<sup>18</sup>. Stwierdził, że do przyjęcia jest jedynie taka teoria uzasadniająca istnienie kary kryminalnej, która wyłamie się poza podział na „względne” i „absolutne”, oraz zaproponował argumentację „mieszaną”, dla której kluczową kwestią jest powiązanie takich cech kary jak dolegliwość i reprobacja<sup>19</sup>.

Zwolennicy kary zasłużonej argumentują, że przestępcy powinni być karani tylko dlatego, że na to zasługują<sup>20</sup>. Twierdzą, że chociaż jako rezultat ukarania mogą nastąpić jakieś profity (np. zapobiegnięcie dalszym przestępstwom), to są one po prostu efektami incydentalnymi i nie powinny być postrzegane jako cel karania. Model kary zasłużonej, aby był realny (wykonalny) i efektywny, wymaga utworzenia pewnej skali (taryfy) przestępstw i kar. Aby utworzyć taką skalę, trzeba skategoryzować przestępstwa według ich relatywnej wagi<sup>21</sup>, a kary – według ich dolegliwości. Jest to znane pod nazwą zwykłej proporcjonalności (*ordinal proportionality*)<sup>22</sup>. Dodatkowo, surowość całej skali musi być standaryzowana i określona, aby zapewnić, że przestępcy nie są karani ogólnie zbyt surowo albo zbyt łagodnie. Innymi słowy, musi być utrzymana rozsądna proporcja między ogólnymi poziomami karania

<sup>18</sup> A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary...*, s. 70.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 52 i 67.

<sup>20</sup> A. Barton, *op. cit.*, s. 1. Zob. też A. von Hirsch, *Doing Justice*, s. 49: „Someone who infringers the rights of others [...] does wrong and deserves blame for his conduct. It is because he deserves blame that the sanctioning authority is entitled to choose a response that expresses moral disapproval: namely, punishment”, [cyt. za:] G.F. Cole, *op. cit.*, s. 354.

<sup>21</sup> Na temat poglądu A. von Hirscha co do sposobu stopniowania ciężaru (wagi) uszczerbku poniesionego przez ofiarę zob. J. Herring, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, wyd. 5, New York 2012, s. 13.

<sup>22</sup> Tak A. Barton, *op. cit.*, s. 1. Szerzej na temat zwykłej proporcjonalności zob. A. von Hirsch, *Proportionality...*, s. 79–83.

a ciężkością kryminalnego postępowania<sup>23</sup>. Jest to zasada kardynalnej (głównej) proporcjonalności (*the principle of cardinal proportionality*)<sup>24</sup>. Zwolennicy tej teorii argumentują, że takie limity są obce innym teoriom, w szczególności akcentującym resocjalizację sprawcy, gdzie przestępca może zostać wymierzona względnie oznaczona kara pozbawienia wolności i będzie on wypuszczony na wolność, gdy zostanie uznane, że został już wyleczony. Inny argument na rzecz modelu kary zasłużonej jest taki, że zapewnia on człowiekowi niewinnemu pewien poziom ochrony, którego inne modele – przynajmniej w teorii – nie oferują. Mianowicie, ukaranie niewinnego mogłoby być teoretycznie uzasadnione generalną teorią odstraszenia, jeśli tylko kara odstraszałaby innych potencjalnych sprawców. Teoria kary zasłużonej sankcjonuje ukaranie tylko osoby winnej i uznaje ukaranie niewinnego za niesprawiedliwe, niezależnie od jakichkolwiek pozytywnych konsekwencji, jakie mogłyby zostać przez to osiągnięte<sup>25</sup>.

Von Hirsch w artykule *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie* stwierdził, że:

Na ideę kary zasłużonej składają się dwa elementy: zasada proporcjonalności, zgodnie z którą kara powinna odpowiadać ciężarowi czynu sprawcy, oraz proponowana podstawa teoretyczna dla takiej relacji. Mówi ona, że podstawową rolą kary jest komunikowanie potępienia lub uznania winy osobie, uważanej za podmiot moralny<sup>26</sup>.

Zaznaczył przy tym, że proporcjonalność wyroku opiera się na założeniu, że potępienie wyrażane przez sankcję karną powinno sprawiedliwie odzwierciedlać stopień bezprawności popełnionego czynu. Wywiódł, że interes społeczny jest wyrażony przez uznanie faktu, że

<sup>23</sup> „Cardinal proportionality requires that a reasonable proportion be maintained between overall levels of punitiveness and the gravity of the criminal conduct”. A. von Hirsch, *Proportionality...*, s. 83.

<sup>24</sup> Tak A. Barton, *op. cit.*, s. 1. Szerzej na temat kardynalnej proporcjonalności zob. A. von Hirsch, *Proportionality...*, s. 83–85.

<sup>25</sup> A. Barton, *op. cit.*, s. 1–2.

<sup>26</sup> A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary...*, s. 48.

typowe przestępstwa są złem, którego popełnienie podlega potępieniu przez zastosowanie sankcji karnej, natomiast interesy jednostkowe „chronione są przez prawo do ukarania, które nie będzie surowsze niż stopień ciężaru czynu, nawet jeśli surowsza kara odniosłaby większy skutek prewencyjny”<sup>27</sup>. Odnosząc się do zarzutów formułowanych wobec propagowanej przez siebie teorii, stwierdził, że:

Niektórzy krytycy określali proporcjonalność w karaniu jako powrót do zasady talionu. Zdecydowanie tak nie jest. Idea kary zasłużonej opiera się raczej na zasadzie proporcji niż równowartości. Kary nie muszą powodować takiego samego cierpienia w sensie materialnym, jak krzywdy wyrządzone ofiarom w drodze przestępstwa. Dopuszczalne jest znaczne obniżenie ogólnego poziomu kar (w gruncie rzeczy jest ono pożądane), o ile kary są stopniowane zgodnie z hierarchią powagi przestępstw<sup>28</sup>.

Von Hirsch uważał, że reakcja karna powinna przyjmować postać zapewniającą traktowanie skazanego przestępcy oraz potencjalnych przestępców jako podmioty moralne, to jest jako osoby zdolne do prowadzenia rozważań etycznych, dotyczących dobrych i złych stron ich czynów. Teoria kary zasłużonej akcentuje rolę potępienia jako podstawy wymogów związanych z zachowaniem proporcjonalności. Wynika to z założenia, że „rolą kary jest odwołanie się do rozumienia sprawcy odnośnie do tego, co jest dobre, a co złe, oraz umożliwienie mu zareagowania w sposób, jakiego można oczekiwać od podmiotu zdolnego do oceny moralnej własnych czynów”<sup>29</sup>.

Znamienne dla współczesnej teorii kary zasłużonej jest to, że przy decydowaniu o dolegliwości kary pojęcie proporcjonalności z terminu peryferyjnego stało się terminem centralnym. Jak podkreślił von Hirsch, główną podstawą dla określenia wysokości kary powinna być zasada proporcjonalności, która wymaga, aby dolegliwość kary była proporcjonalna do wagi popełnionego przez sprawcę czynu<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 50.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 51.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 74.

Dalej wywiódł on, że teoria kary zasłużonej ustanawia priorytety pośród celów wymiaru kary. Zakłada, że proporcjonalne nakładanie sankcji karnej jest ważniejsze niż szukanie innych celów, takich jak na przykład unieszkodliwianie osób uważanych za niebezpieczne dla otoczenia. W pewnym zakresie model kary zasłużonej pozwala na rozważenie innych celów, gdyż jest to do pewnego stopnia spójne z proporcjonalnym wymierzaniem kar. Jeśli zatem istnieje wybór pomiędzy dwiema karami wolnościowymi o mniej więcej równoważnej dolegliwości, zasada proporcjonalności nie będzie naruszona, gdy zostanie uznane, że jedna z kar będzie lepiej spełniać funkcję resocjalizacyjną. Podrzędne cele mogą jednak zostać uwzględnione tylko wtedy, gdy nie modyfikuje to w zasadniczy sposób porównawczej surowości kar. Von Hirsch podkreślał, że ukaranie osób uważanych za szczególnie niebezpieczne dodatkową, wyższą karą pozbawienia wolności narusza wymogi modelu<sup>31</sup>.

Teoria kary zasłużonej, w okresie gdy się pojawiła, szybko uzyskała szeroki rozgłos. Stosowane wówczas w sądownictwie „poziomy” kar wykazywały tendencję wzrostową. Niektórzy krytycy argumentowali, że teoria ta musi być częściowo odpowiedzialna za ten wzrost. Von Hirsch stwierdził jednak, że teoria kary zasłużonej, sama w sobie, nie wymaga surowszych kar, a nawet pozwala na znaczną redukcję wymiaru kary<sup>32</sup>.

W literaturze wyrażono pogląd, że zasada kary zasłużonej mogłaby w teorii zapewnić rzetelny i bezstronny system sprawiedliwości, jakkolwiek dążenie do konsekwencji i proporcjonalności powinno być starannie zbalansowane z elastycznością, która zezwoliłaby na uwzględnianie wyjątkowych okoliczności<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 79.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 81.

<sup>33</sup> Tak A. Barton, *op. cit.*, s. 4.

## Kara śmierci – poglądy Ernesta van den Haaga

Ernest van den Haag był holendersko-amerykańskim socjologiem, psychoanalitykiem, kryminologiem i profesorem uniwersyteckim<sup>34</sup>. Zanim zostaną przedstawione jego poglądy, zasadne jest ukazanie kilku faktów z jego biografii. Urodził się w 1914 r. w Holandii (w Hadze). Wychował się we Włoszech. Był znanym politykiem lewicy i komunistą. W okresie rządów Mussoliniego został postrzelony przez przeciwnika politycznego. Następnie spędził prawie 3 lata w więzieniu, z czego 18 miesięcy – w odosobnieniu. Po wyjściu na wolność, w obawie przed ponownym uwięzieniem, opuścił Italię i przebywał w różnych krajach europejskich (m.in. w Paryżu, gdzie na Sorbonie studiował psychiatrię), aż w końcu wyjechał do Stanów Zjednoczonych Ameryki, nie znając w ogóle języka angielskiego. Mieszkał w Nowym Jorku, a pracował m.in. jako sprzedawca warzyw. Został przyjęty na studia na uniwersytet w Iowa, gdzie grupa członków wydziału zauważyła jego zdolności intelektualne i zgodziła się pokryć koszty jego studiów w zakresie ekonomii. Po studiach zmienił poglądy na konserwatywne, na co miał wpływ jego przyjaciel Sidney Hook – znany filozof. Zrobił również doktorat z ekonomii na uniwersytecie w Nowym Jorku<sup>35</sup>.

Z biegiem lat jego szczególnym zainteresowaniem badawczym stała się kara śmierci (*death penalty, capital/ultimate punishment*). W 1975 r. opublikował książkę pod tytułem *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, która przyniosła mu reputację jednego z czołowych myślicieli i zwolenników kary śmierci (*backer of death penalty*)<sup>36</sup>. Jest współautorem książki zatytułowanej

<sup>34</sup> Por. <http://library.albany.edu/speccoll/findaids/apap135.htm> [dostęp: 22.07.2015]; E. Pace, *E. van den Haag, 87, Educator and Backer of Death Penalty*, „The New York Times”, March 27, 2002, <http://www.nytimes.com/2002/03/27/nyregion/e-van-den-haag-87-educator-and-backer-of-death-penalty.html> [dostęp: 22.07.2015].

<sup>35</sup> <http://library.albany.edu/speccoll/findaids/apap135.htm> [dostęp: 22.07.2015].

<sup>36</sup> *Ibidem*.

*The Death Penalty: A Debate*, wydanej w 1983 r.<sup>37</sup>. Zmarł w 2002 r. w New Jersey w domu opieki<sup>38</sup>.

W charakterze ciekawostki można wspomnieć, że van den Haag był propagatorem segregacji rasowej w szkołach publicznych, co uzasadniał genetyczną niższością intelektualną Murzynów<sup>39</sup>. Wskazywał przy tym gorsze wyniki w nauce czarnych studentów. Popierał system apartheidu w Republice Południowej Afryki<sup>40</sup>.

Van den Haag uważał, że najważniejszym obowiązkiem rządu jest stworzenie porządku prawnego, w którym obywatele będą czuli się bezpiecznie. Twierdził, że ludzie popełniają przestępstwa, wierząc, że będą mieć z tego jakąś korzyść. Obowiązkiem społeczeństwa jest uczynienie popełniania przestępstw bezużytecznym. Argumentował, odwołując się do nauk ekonomicznych, a w szczególności do koncepcji „kosztu alternatywnego” / „kosztu utraconych korzyści” (*concept of opportunity cost*), że ludzie, podejmując decyzję, dokonują bilansu możliwych korzyści i strat. Wierzył, że patrzą w ten sposób na przestępstwo, czyli ważą spodziewaną korzyść i grożącą karę. Pokusa popełnienia przestępstwa byłaby o wiele słabsza, gdyby groziła za nie surowa kara, a kara śmierci zawiera w sobie największy ciężar kary za popełnienie przestępstwa. Uzasadniając karę śmierci, odwoływał się też do teorii marksistowskiej<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest\\_van\\_den\\_Haag](https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest_van_den_Haag) [dostęp: 22.07.2015]; <http://dictionary.sensagent.com/Ernest%20van%20den%20Haag/en-en/> [dostęp: 22.07.2015].

<sup>38</sup> E. Pace, *op. cit.*; <http://www.nndb.com/people/472/000117121/> [dostęp: 22.07.2015]; <http://dictionary.sensagent.com/Ernest%20van%20den%20Haag/en-en/> [dostęp: 22.07.2015].

<sup>39</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest\\_van\\_den\\_Haag](https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest_van_den_Haag) [dostęp: 22.07.2015]. Więcej na temat jego stosunku do segregacji rasowej zob. E. van den Haag, *Social Science Testimony in the Desegregation Cases – A Reply to Professor Kenneth Clark*, „Villanova Law Review” 1960, Vol. 6, Issue 1, s. 69–79, opublikowany przez Villanova University School of Law Digital Repository, <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol6/iss1/3> [dostęp: 21.07.2015].

<sup>40</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest\\_van\\_den\\_Haag](https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest_van_den_Haag) [dostęp: 22.07.2015].

<sup>41</sup> E. van den Haag, *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, New York 1975, s. 1–33, podaję za: [https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest\\_van\\_den\\_Haag](https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest_van_den_Haag) [dostęp: 22.07.2015].

Twierdził, że przestępcy mają skłonność do ponownego popełnienia przestępstwa, dlatego w przypadku zabójców jedynym środkiem jest wykonanie wyroku śmierci. Uważał, że jeżeli nie będzie istniała kara śmierci, to będzie następował wzrost przestępczości. Twierdził, że kara śmierci ma bezpośrednią korelację ze spadkiem liczby morderstw. Resocjalizacja nie jest rozwiązaniem<sup>42</sup>, ponieważ nie opracowano efektywnej metody resocjalizacji. Jeśli nawet wynaleziono by właściwą metodę resocjalizacji, to i tak nie zredukowałaby ona liczby przestępstw, bo resocjalizacja ma miejsce dopiero po popełnieniu przestępstwa. Odstraszanie jest jedyną rzeczą, która może mieć wpływ na faktyczną skalę przestępczości<sup>43</sup>.

W 1983 r. napisał (w „The New York Times”), że zdrowy rozsądek mówi, że kara śmierci odstraszy potencjalnych morderców, jeśli cokolwiek może to uczynić. Nic bardziej nie odstraszy przestępcy niż obawa przed śmiercią. Śmierć jest ostateczna; gdzie jest życie, tam jest i nadzieja<sup>44</sup>. Ludzie boją się śmierci bardziej niż cegokolwiek innego. To, czego ludzie boją się najbardziej, prawdopodobnie odstrasza najbardziej. Mordercy mniej obawiają się życia w więzieniu. Kara dożywotniego pozbawienia wolności jest mniej odstraszająca niż kara śmierci. Głosił, iż musimy wykonywać egzekucję morderców tak długo, jak to tylko możliwe, że ich egzekucja ochroni obywateli przed przyszłym morderstwem<sup>45</sup>.

Uważał, że zniesienia kary śmierci nie można uzasadniać dyskryminacyjnym jej orzekaniem. Orzekanie kary śmierci w sposób dyskryminujący niektórych oskarżonych dotyczy kary śmierci w nie

---

<sup>42</sup> E. van den Haag wyraźnie odrzucał rehabilitacyjny model karania. S.T. Reid, *op. cit.*, s. 481.

<sup>43</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest\\_van\\_den\\_Haag](https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest_van_den_Haag) [dostęp: 22.07.2015].

<sup>44</sup> „Common sense [...] tells us that the death penalty will deter murder, if anything can. People fear nothing more than death. Therefore, nothing will deter a criminal more than the fear of death. Death is final. But where there is life there is hope”. E. Pace, *op. cit.*

<sup>45</sup> *Ibidem*; Zob. też <http://deathpenaltycurriculum.org/student/c/about/arguments/argument1a.htm> [dostęp: 22.07.2015].



większym stopniu niż innych kar. Skazanie niewinnego na karę śmierci jest oczywiście niesłuszne, ale ta niesprawiedliwość nie leży w naturze kary; irrelewantne natomiast dla słuszności bądź moralności jest niesprawiedliwe orzekanie kary śmierci wobec tych, którzy na nią zasługują. Nawet jeśli biedny lub czarnoskóry skazany zostanie na karę śmierci, a inni winni takich samych przestępstw nie, to równiejsze orzekanie byłoby pożądane, ale byłoby tylko równiejszym orzekaniem; nie byłoby to bardziej sprawiedliwe dla tych skazanych na karę śmierci. Van den Haag podkreślał, że jedynym relewantnym pytaniem jest, czy konkretny skazany zasługuje na karę śmierci; to, czy inni skazani też na nią zasługują, jest irrelewantne. Równość wydaje się moralnie mniej ważna niż sprawiedliwość. Jeśli niektórzy zasługujący na karę unikną kary, to nie jest to niesprawiedliwe dla tych, którzy kary nie uniknęli<sup>46</sup>.

Jego zdaniem kara śmierci powinna istnieć, aby chronić życie niewinnych. Twierdził, że raczej wykonałby karę śmierci na mordercy niż wystawiał na ryzyko życie niewinnych<sup>47</sup>. Zadawał sobie przy tym sprawę z tego, że czasem na karę śmierci są skazywane osoby niewinne. Stwierdził, że skazanie czasem niewinnych jest niezamierzonym, lecz nieuniknionym produktem ubocznym wymierzania sprawiedliwości winnym<sup>48</sup>.

Van den Haag przyznawał zatem, że pomyłki sądowe w skazywaniu na karę śmierci się zdarzają. Argumentował jednak, że – mimo podejmowania środków ostrożności – niemalże każda ludzka aktyw-

---

<sup>46</sup> E. van den Haag, *The Ultimate Punishment*.

<sup>47</sup> E. van den Haag, J.P. Conrad, *The Death Penalty: a Debate*, New York 1983, s. 69, podaję za: [https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest\\_van\\_den\\_Haag](https://en.wikipedia.org/wiki/Ernest_van_den_Haag) [dostęp: 22.07.2015].

<sup>48</sup> „The conviction of some innocents is an unintended, yet unavoidable, byproduct of bringing the guilty to justice”. J. Reiman, E. van den Haag, *On the Common Saying That It Is Better That Ten Guilty Persons Escape Than That One Innocent Suffer: Pro and Con*, [w:] *Crime, Culpability and Remedy*, ed. by E.F. Paul, F.D. Miller, J. Paul, Cambridge, MA 1990, s. 241, podaję za: E.A. Linehan, *Executing the Innocent*, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Huma/HumaLine.htm> [dostęp: 22.07.2015].

ność, taka jak np. przewóz samochodami ciężarowymi, oświetlanie, konstruowanie, kosztuje życie niewinnych, przypadkowych ludzi, a nie rezygnujemy jednak z tych aktywności, ponieważ moralne lub materialne korzyści przewyższają niezamierzone straty. Analogicznie, dla zwolenników kary śmierci pomyłki sądowe są skompensowane przez moralne korzyści i użyteczność wymierzania sprawiedliwości<sup>49</sup>.

Sugerował, że abolicjoniści cenią życie skazanego mordercy wyżej niż życie niewinnych ofiar, które można było oszczędzić przez odstraszenie przyszłych morderców. Głosił, że odstraszenie nie jest dla niego decydujące i faworyzowałby zachowanie kary śmierci jako retribucji, nawet jeśli wykazano by, że zagrożenie egzekucją nie odstrasza przyszłych morderców. Wierzył, że kara śmierci z powodu swojej ostateczności odstrasza bardziej niż kara pozbawienia wolności. Oszczędzenie życia choćby kilku przyszłych ofiar przez odstraszenie morderców jest ważniejsze od zachowania życia skazanych morderców, nawet jeśli zachodziłoby prawdopodobieństwo, że ich egzekucja nie odstraszy innych. Uważał, że podczas gdy życie ofiar jest cenne, życie mordercy ma tylko negatywną wartość z powodu popełnionej przez niego zbrodni<sup>50</sup>, a prawo karne ma preferować ochronę życia potencjalnych ofiar nad ochronę życia faktycznych morderców<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> E. van den Haag, *The Ultimate Punishment*.

<sup>50</sup> Argument, iż powinno się wykonywać karę śmierci, ponieważ może to uratować życie niewinnych, które jest cenniejsze od życia winnych morderców, określany bywa w literaturze anglojęzycznej jako *best-bet argument*. Zob. *Contemporary Moral Problems*, ed. by J.E. White, wyd. 9, [b.m.] 2009, s. 212, [https://books.google.pl/books?id=dcK6-h1ngtC&pg=PA212&lp-g=PA212&dq=Van+den+Haag,+Ernest,+Punishing+Criminals:+Concerning+a+Very+Old+and+Painful+Question,&source=bl&ots=w\\_goYOYS0y&sig=ecZq0sJcZhRD-XyIsIsqncWGXXc&hl=pl&sa=X&ved=0CEwQ6AEwBmoVChMIz-W0tvPuxgIVg1gsCh2bgwLy#v=one-page&q=Van%20den%20Haag%2C%20Ernest%2C%20Punishing%20Criminals%3A%20Concerning%20a%20Very%20Old%20and%20Painful%20Question%2C&f=false](https://books.google.pl/books?id=dcK6-h1ngtC&pg=PA212&lp-g=PA212&dq=Van+den+Haag,+Ernest,+Punishing+Criminals:+Concerning+a+Very+Old+and+Painful+Question,&source=bl&ots=w_goYOYS0y&sig=ecZq0sJcZhRD-XyIsIsqncWGXXc&hl=pl&sa=X&ved=0CEwQ6AEwBmoVChMIz-W0tvPuxgIVg1gsCh2bgwLy#v=one-page&q=Van%20den%20Haag%2C%20Ernest%2C%20Punishing%20Criminals%3A%20Concerning%20a%20Very%20Old%20and%20Painful%20Question%2C&f=false) [dostęp: 22.07.2015].

<sup>51</sup> „Whereas the lives of the victims who might be saved are valuable, that of the murderer has only negative value, because of his crime. Surely the criminal

Odnosząc się do argumentu krytyków, że osoba skazana na karę śmierci cierpi bardziej niż jej ofiara, twierdził, że nie możemy wiedzieć, czy morderca oczekujący na wykonanie egzekucji cierpi bardziej niż cierpiała jego ofiara, natomiast w odróżnieniu od mordercy ofiara nie zasługiwała na zadane jej cierpienie. Wywiódł, że od czasów Cesare Beccarii podaje się argument, że przez zabicie mordercy zachęcamy (legitymizujemy) bezprawne zabijanie, tymczasem wszystkie kary z założenia są dolegliwościami, a rzadko jednak argumentuje się, że legitymują one nakładanie identycznych dolegliwości. Kara pozbawienia wolności nie ma usprawiedliwiać porywania i bezprawnego pozbawiania wolności. Grzywny nie mają legitymować rozboju. Wskazywał, że różnica między morderstwem i egzekucją jest taka, że morderstwo jest bezprawne i niezasłużone, a egzekucja jest prawną i zasłużoną karą za bezprawny czyn. Fizyczne podobieństwa kary do przestępstwa są irrelevantne. Relevantna różnica jest nie fizyczna, lecz społeczna<sup>52</sup>.

Van den Haag napisał, iż niektórzy wierzą, że każdy – morderca nie mniej niż ofiara – ma niezbywalne (naturalne?) prawo do życia, dlatego prawo nie powinno kogokolwiek pozbawiać życia. Odnosząc się do tego argumentu stwierdził, iż podziela pogląd Jeremy'ego Benthama, że takie naturalne i niezbywalne prawa są „nonsensem na szczudłach” (*nonsense upon stilts*)<sup>53</sup>.

Podnosi się argument, że kara śmierci jest niecywilizowana. Van den Haag stwierdził, że większość cywilizacji miało i ma karę śmierci, choć została ona zaniechana w Europie Zachodniej, gdzie jest obecnie niemożliwa, prawdopodobnie z powodu jej nadużywania przez totalitarne reżimy<sup>54</sup>.

Niektórzy twierdzą, że kara śmierci poniża (upokarza). Zdaniem van den Haaga, morderca przez swą karę dowiadyuje się, że inni ludzie

---

law is meant to protect the lives of potential victims in preference to those of actual murderers”. E. van den Haag, *The Ultimate Punishment*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

uważają go za niewartego życia; ponieważ zamordował, zostaje wykluczony ze wspólnoty żyjących. Takie upokorzenie (poniżenie) nałożył on sam na siebie. Przez zamordowanie innego człowieka morderca tak zdehumanizował samego siebie, że nie może pozostać pomiędzy żyjącymi. Społeczne uznanie jego samodegradacji jest punitwną istotą egzekucji<sup>55</sup>.

Van den Haag wyraził opinię, że być może egzekucja tych, którzy popełnili ohydne morderstwa, odstraszy tylko jednego mordercę rocznie. Jeśli tak uczyni, wydaje się całkowicie uzasadniona. Egzekucja jest jedyną odpowiednią retribucją za morderstwo, o jakiej może on pomyśleć<sup>56</sup>.

Poglądy Andreasa von Hirscha i Ernesta van den Haaga można uznać za kontrowersyjne. Pewne jest natomiast, że cieszą się zainteresowaniem, w szczególności w kręgach anglojęzycznych. Można wyrazić przypuszczenie, że teoria kary zasłużonej i kwestia kary śmierci będą powracać w literaturze i stawać się przedmiotem dyskusji naukowej.

---

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> *Ibidem.*

Wojciech Dadak

Dr hab., prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego

## Od klasycyzmu do populizmu, czyli o funkcjach kary kryminalnej w społeczeństwie

Refleksja na temat funkcji kary zajmuje szczególne miejsce na gruncie prawa karnego i kryminologii. Ma ona odniesienia również w innych dziedzinach wiedzy, m.in. filozofii, pedagogice, psychologii społecznej. Wynika to z roli, jaką kara i karanie odgrywają w życiu społecznym. Jednym z podstawowych kryteriów wyróżnienia poszczególnych nurtów refleksji kryminologicznej jest koncepcja reakcji na przestępstwo. Z punktu widzenia problematyki tych rozważań szczególnym kryterium jest stosunek do kary i karania jako faktu społecznego. Ma on ścisły związek z pojmowaniem funkcji kary na gruncie prawa karnego. Funkcje te mogą być pojmowane jako rzeczywiste skutki, które kara wywołuje wobec jednostki oraz zbiorowości<sup>1</sup>. Nie jest to tożsame z celami, czyli zakładanymi efektami kary, które miały być osiągnięte w wyniku jej wymierzenia i wykonania<sup>2</sup>. Wyraźne artykułowanie celów kary w dyrektywach jej wymiaru nakłada na sąd obowiązek ich uwzględnienia w jednostkowym akcie wymiaru kary. Niewątpliwie realizacja określonych funkcji kary ma znaczną doniosłość społeczną,

---

<sup>1</sup> A. Grześkowiak [w:] *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, red. A. Marek, Warszawa 1986, s. 180.

<sup>2</sup> M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 201.

gdyż oddziałuje nie tylko na jednostkę, która popełniła przestępstwo, lecz wpływa także na członków zbiorowości.

Znaczenie, jakie dla funkcjonowania społeczeństwa ma stosowanie przymusu państwowego w postaci prawa karania za przestępstwo, nie budzi wątpliwości. Oprócz oddziaływania na sprawcę przestępstwa, kara wywiera wpływ na potencjalnych sprawców, do czego odwołuje się rozróżnienie na prewencję indywidualną oraz generalną w obrębie dyrektyw wymiaru kary. Ta ostatnia może wystąpić w dwóch postaciach. Jako negatywna prewencja generalna, która odwołuje się do wytworzenia obawy przed zastosowaniem sankcji karnej w przypadku popełnienia przestępstwa. Dążenie do uniknięcia kary występuje tutaj jako mechanizm skłaniania do zachowań zgodnych z prawem. Obecnie jako istotniejszy uznaje się inny aspekt prewencji generalnej: wzmacnianie przekonań, według których przestępstw nie należy popełniać nie z uwagi na grożącą karę, ale ze względu na wagę dóbr chronionych prawem. Kara zatem może integrować członków społeczeństwa wokół wartości chronionych prawem<sup>3</sup> – tym samym potwierdzać, wzmacniać oraz stabilizować normy społeczne, ograniczając pole do działań przestępczych<sup>4</sup>. Jednocześnie zastosowanie kary lub możliwość ukarania stanowi w tym przypadku czynnik różnicujący populację na konformistów i sprawców przestępstw, przy czym przynależność do zbiorowości niedopełniającej przestępstw jest określoną wartością społeczną. Kara może więc budować więzi w obrębie zbiorowości, stąd ten rodzaj prewencji generalnej określany jest mianem integracyjnej.

Jednak jest oczywiste, że skutki ukarania, czyli funkcje kary mogą odbiegać od jej celów. Skupienie uwagi na celach kary sprawia, że na plan dalszy schodzą rzeczywiste skutki stosowania sankcji karnych. Skutki te mogą być zamierzone i wynikać z celów kary oraz niezamierzony, będąc następstwami ukarania niezwiązanymi z celami. Ponadto konsekwencje te mogą mieć charakter penalny oraz pozapenalny. Konsekwencje pozapenalne występują jako niezamierzone skutki kary bądź

<sup>3</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 417.

<sup>4</sup> C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1997, s. 742–745.

też mają charakter zamierzony, jednak nie realizują celów kary. W tym przypadku kara jest instrumentalnie wykorzystywana do osiągnięcia celów innych niż wynikające z dyrektyw jej wymiaru.

Dostrzeżenie złożonych relacji pomiędzy karą kryminalną a jednostką oraz zbiorowością jest możliwe jedynie wówczas, gdy uwzględnić różne nurty w kryminologii. Nurty te z uwagi na charakterystyczny w obrębie każdego z nich zespół twierdzeń na temat rzeczywistości społecznej określane są niekiedy mianem paradygmatów<sup>5</sup>. Szczególnie interesujące w dziejach kryminologii były okresy zmiany paradygmatów. Wówczas to dochodziło do zmiany perspektywy badawczej lub nawet jej „odwrócenia”, co przyczyniało się do rozwoju kryminologii, jak również prawa karnego. Reakcja na określony sposób postrzegania zjawisk społecznych i ich analizy często znajdowała wyraz również na gruncie kryminologii w postaci nowego sposobu analizy zjawisk. Zatem zmiana paradygmatu stwarzała możliwość dostrzeżenia tego, co na gruncie dotychczasowego podejścia było poza zakresem obserwacji.

W obrębie trzech podstawowych nurtów kryminologii karze kryminalnej przypisywane są różne funkcje<sup>6</sup>. Funkcje te dają podstawę do wyróżnienia racjonalizacji kary, czyli uzasadnienia jej stosowania ze względu na skutki, które ma wywołać w społeczeństwie. Na gruncie nurtu klasycznego kara ma uzasadnienie etyczne, które sprowadza się do stwierdzenia, że stosuje się karę będącą reakcją na zło, które spraw-

<sup>5</sup> Paradygmat pojmowany jako powszechnie przyjęte przekonanie teoretyczne oraz związane z nim metody badawcze stanowi tradycję badawczą dającą wskazówki, w jaki sposób należy analizować zjawiska i jakie metody stosować. Stanowi zatem sposób widzenia problemów oraz opis metod ich analizy. Zob. K. Jodkowski, *Paradygmat*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski, Wrocław 1987, s. 456.

<sup>6</sup> Według niektórych autorów można wyróżnić jedynie dwa nurty: nurt pozytywistyczny oraz nurt antynaturalistyczny. „Kryminologia klasyczna” oraz „kryminologia neoklasyczna” to określenia będące jedynie konsekwencją fuzji kryminologii i polityki kryminalnej obserwowanej w ostatnim czasie i nie można ich utożsamiać z odrębnymi nurtami w kryminologii. Zob. L. Tyszkiewicz, *O niektórych ogólnych problemach kryminologii i znaczeniu paradygmatu humanistycznego*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. 31, s. 63.

ca wyrządził<sup>7</sup>. Natomiast wymierzając karę, przede wszystkim należy dążyć do przywrócenia ładu moralnego w społeczeństwie. Podstawą tak pojmowanej roli kary jest reguła, że każde zło wyrządzone przez członka społeczeństwa powinno być ukarane. Uzasadnieniem tak pojmowanej roli kary na płaszczyźnie przedmiotowej jest czyn, natomiast podmiotowej – naganność dokonanego wyboru zachowania, które sprawca podjął mimo tego, że mógł się zachować zgodnie z normą prawa karnego. Tego rodzaju poglądy występują w obrębie szkoły klasycznej prawa karnego, i związane są z poglądami filozoficznymi Immanuela Kanta oraz Georga Hegla na istotę kary. W tym ujęciu kara jest stosowana ponieważ popełniono przestępstwo. Jest zatem reakcją na czyn i jej sens wyczerpuje się w odwecie. Jednak z czasem pojawiały się również poglądy, według których kara ma do zrealizowania w społeczeństwie jeszcze inne cele, przede wszystkim powinna zapobiec popełnieniu ponownie przestępstwa przez ukaranego. Wiązało się to z formułowaniem mieszanych racjonalizacji kary. Według nich odwet był elementem koniecznym, jednak kara jest zasadna wówczas, gdy jednocześnie realizuje cel, jakim jest prewencja. Świadczą one o uznawaniu mieszanych koncepcji kary<sup>8</sup>.

Odmienne przedstawia się rola kary kryminalnej na gruncie nurtu pozytywistycznego. Kara w tym przypadku stosowana jest w celu zmiany cech sprawcy, które spowodowały, że popełnił on przestępstwo. Ma więc charakter korekcyjnoistyczny. Zarówno odwet, jak i odpłata nie są celem kary. Wyraźnie akcentuje się natomiast jej utylitarne uzasadnienie. Kara ma służyć osiągnięciu celu, jakim jest poprawa jednostki. Jednocześnie wyraźnie zaznacza się tutaj indywidualizm, polegający na adresowaniu środków oddziaływania na osiągnięcie efektu w postaci zmiany cech jednostek, a nie zmiany całej zbiorowości. Znajduje to

<sup>7</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 414.

<sup>8</sup> Jak wskazuje J. Widacki, „dla E. Krzymuskiego sprawiedliwa odpłata była środkiem do celu. Celem tym była prewencja, tak indywidualna, jak i generalna”. Zob. J. Widacki, *Profesora Krzymuskiego spóźniony zachwyt szkołą klasyczną*, [w]: *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkola klasyczna w defensywie*, wybór i przedmowa J. Widacki, Kraków 2013, s. XVIII.



wyraz zarówno na gruncie tzw. paradygmatu rodzajów ludzi, czyli nurtu indywidualistycznego w kryminologii, jak i paradygmatu rodzajów otoczenia, czyli nurtu społecznego<sup>9</sup>. Kara ma walor korekcyjny w obu przypadkach, choć możliwości oddziaływania za jej pomocą są zdecydowanie większe, gdy idzie o zmianę cech sprawcy, który już popełnił przestępstwo, niż tych, którzy jeszcze go nie popełnili.

Na gruncie kryminologii antynaturalistycznej rola kary jest zarysowana odmiennie, niż miało to miejsce na gruncie klasycyzmu i pozytywizmu. W tym przypadku chodzi o karę jako społeczną reakcję na popełnienie przestępstwa. Reakcja ta może mieć charakter formalny, jak i niesformalizowany. Wymierzenie kary jest taką sformalizowaną reakcją. Przedmiotem zainteresowania jest również „reakcja na reakcję”, czyli reakcja na ukaranie sprawcy. Chodzi przy tym zarówno o reakcję organów kontroli społecznej (policja, sądy), jak i o reakcję „audytorium społecznego”, czyli otoczenia sprawcy. Ta ostatnia to reakcja na zachowanie naruszające normę, a także na konsekwencje tego naruszenia. Należy podkreślić, że na gruncie tego podejścia kara nie odgrywa istotnej roli w zakresie redukcji przestępczości, a nawet jej funkcje w tym zakresie są kontestowane. W skrajnych poglądach postulowane jest wyeliminowanie kary kryminalnej z arsenału środków reakcji na przestępstwo, a organów państwa – jako podmiotów stosujących środki represji. Abolicjonizm jako kierunek refleksji kryminologicznej postulował, by reakcja na zachowania negatywne – określane jako dewiacje, a nie przestępstwa – była stosowana przy jak najmniejszym udziale władzy państwowej i ograniczeniu dolegliwości wynikających z takiej reakcji<sup>10</sup>.

W ostatnich dziesięcioleciach XX w. popularność zdobyły poglądy związane z neoklasycyzmem. Według nich funkcje kary kryminalnej należy ograniczyć do realizacji sprawiedliwej odpłaty w stosunku do sprawcy przestępstwa. Oczekiwania, by kara mogła poprawić sprawcę, są zdecydowanie na wyrost w zderzeniu z możliwościami, jakie karanie faktycznie niesie. Nie oznacza to jednak, że w wyniku stosowania kary

<sup>9</sup> J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2006, s. 49.

<sup>10</sup> A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 178.

nie jest możliwe osiągnięcie rezultatu w postaci zmiany zachowania sprawcy przestępstwa w przyszłości oraz modyfikowania zachowania potencjalnych sprawców. Jeśli to nastąpi, to będzie wynikiem wyboru zachowania zgodnego z normą, podyktowanego dążeniem do uniknięcia kary. W grę wejdzie w tym przypadku jedynie uleganie jako mechanizm skłaniania się do konformizmu, polegający na dążeniu do uniknięcia kary lub uzyskania nagrody<sup>11</sup>. Odwołanie do behawioryzmu w psychologii i koncepcji *homo oeconomicus* w ekonomii skutkowało sformułowaniem ekonomicznej teorii przestępczości, w której kara była jedną ze zmiennych o charakterze ekonomicznym (kosztem). Sprawca uwzględnia ją podczas podejmowania decyzji co do rodzaju zachowania w sytuacji wyboru (podobnie jak korzyści z przestępstwa w rachunku ekonomicznym występują jako dochód).

W każdym z przedstawionych nurtów kryminologii kara odgrywa określoną rolę, przy czym jej funkcje są różnie wyznaczane. Od maksymalistycznych, które można dostrzec w pozytywizmie, po minimalistyczne, kojarzone z podejściem neoklasycznym, a w pewnym stopniu również antynaturalistycznym. Wszystkie one w mniejszym lub większym stopniu związane są z redukcją przestępczości. Ma to miejsce niezależnie od tego, czy jako czynnik ograniczający przestępczość eksponowana jest surowość kary, jak miało to miejsce w neoklasycyzmie, czy jej nieuchronność, jak akcentowano na gruncie podejścia klasycznego<sup>12</sup>, czy chodziło o poprawę sprawcy, co leżało u podstaw pozytywizmu. Dodać wypada, że na gruncie poglądów na rolę kary utożsamianych z poszczególnymi nurtami kryminologii spotkać można zarówno uzasadnienia utylitarne stosowania kary kryminalnej<sup>13</sup>, jak

<sup>11</sup> J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *op. cit.*, s. 460.

<sup>12</sup> Według C. Beccarii „im szybciej i bliżej kara występuje po przestępstwie, tym jest sprawiedliwsza i pożyteczniejsza. Każdy może zaobserwować, że im bardziej jest oddalona przewidziana kara, czy nagroda, tym mniejsze jest jej znaczenie”. Zob. C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, tłum. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 34.

<sup>13</sup> C. Beccaria, będący przedstawicielem szkoły klasycznej prawa karnego, był jednocześnie zwolennikiem utylitarnej koncepcji kary, wyróżniał cele, które

i poglądy świadczące o przywiązaniu do koncepcji absolutnych kary<sup>14</sup>, a najczęściej przywoływane są mieszane teorie kary<sup>15</sup>.

Jest oczywiste, że o zamierzonych skutkach stosowania kary można mówić przede wszystkim tam, gdzie kara traktowana jest jako środek do realizacji określonych celów kryminalnopolitycznych. Zatem będzie to miało miejsce przede wszystkim w obrębie paradygmatu pozytywistycznego, gdzie kara ma służyć poprawie sprawcy przestępstwa. Wyraźnie widać to już w poglądach prekursorów pozytywizmu. Enrico Ferri wskazywał, że poprawczy walor kary jest możliwy do uzyskania w wyniku zastosowania „kar mających na celu odebranie przestępcy ochoty dopuszczenia się w przyszłości nowych zamachów na porządek społeczeństwa, tudzież odstraszenie innych obywateli”<sup>16</sup>. Na zdecydowanie poprawczy charakter sankcji karnej wskazywał również Franz von Liszt, który eksponował rolę środków leczniczych w zakresie oddziaływania na sprawcę przestępstwa, aby doprowadzić do zmiany jego cech. Środki te dzisiaj określane jako zabezpieczające miały wyraźnie korekcyjnoistyczny charakter<sup>17</sup>. Korekcjonizm, czyli poprawa sprawcy, był również celem orzekania kary pozbawienia wolności, przy czym jej czas trwania powinien być na tyle długi, aby sprawcę poprawić, czyli zmienić jego cechy, które były źródłem przestępstwa. Tak więc

---

spełniają warunki prewencji indywidualnej oraz generalnej. Zob. *ibidem*, s. 88.

<sup>14</sup> Absolutna koncepcja kary znajduje pełny wyraz w poglądach I. Kanta, który zaliczany jest do przedstawicieli szkoły klasycznej prawa karnego. Kara według Kanta jest „odwetem za zło już wyrządzone”. Zob. *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 2: *Teoria karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym*, przedmowa J. Widacki, Kraków 2013, s. 41.

<sup>15</sup> É. Durkheim, niewątpliwie utożsamiany z pozytywizmem, w kryminologii zwracał uwagę zarówno na odwet jako uzasadnienie kary, jak i oddziaływanie kary na zbiorowości w celu zachowania więzi społecznych.

<sup>16</sup> *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 3: *Szkółka pozytywna prawa karnego we Włoszech*, przedmowa J. Widacki, Kraków 2015, s. 22.

<sup>17</sup> Zob. uwagi E. Krzymuskiego formułowane z pozycji klasycznych na temat koncepcji F. von Liszt w: *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1: *Szkółka klasyczna w defensywie...*, s. 43 i n.

śluszną ideą przeradzała się w swoje zaprzeczenie, bowiem dążenie do realizacji tak zarysowanych celów kary prowadziło do skutku w postaci pozbawienia wolności przekraczającego wymiar, który występowałby, gdyby zastosować racjonalizację wynikającą z paradygmatu klasycznego.

Reakcją na koncepcje formułujące maksymalistyczne oczekiwania co do celów kary, które występowały na gruncie pozytywizmu, było podejście neoklasyczne. Według niego kara powinna przede wszystkim być sprawiedliwą odpłatą za zło będące wynikiem czynu popełnionego przez sprawcę. Dążenie do poprawy sprawcy jest zamierzeniem nierealistycznym oraz niezwykle kosztownym<sup>18</sup>. Zwłaszcza gdy opiera się na stosowaniu środków mających na celu resocjalizację sprawców lub ich leczenie. Ten swoisty minimalizm wpisuje się w obserwowaną w końcu XX w. tendencję do postrzegania życia społecznego w kategoriach kryzysu. Optymistyczne myślenie o możliwościach wpływania na rzeczywistość społeczną w kategoriach postępu zastało zastąpione pesymistycznym myśleniem w kategoriach kryzysu<sup>19</sup>.

Tego rodzaju poglądy na rzeczywistość społeczną stanowiły tło, na którym pojawił się realny kryzys utylitarnej koncepcji kary, w szczególności idei resocjalizacji. Spowodowało to powrót do postrzegania celów kary kryminalnej w kategorii sprawiedliwej odpłaty. Opierała się ona na założeniu, że kara powinna być proporcjonalna do wyrządzonego przestępstwem zła, a okoliczności związane z osobą sprawcy nie powinny modyfikować jej wymiaru<sup>20</sup>. Można tutaj zaobserwować odmianę skrajną tego poglądu, niedopuszczającą realizacji innych poza sprawiedliwościowymi celów kary, oraz odmianę umiarkowaną, zbliżającą się do teorii mieszanych, według której obok potępienia moralnego mającego charakter retributywny kara zawiera dolegliwość odgrywającą

<sup>18</sup> Problem ten był dostrzegany również wcześniej, gdy poglądy korekcyjno-socjalistyczne na rolę kary były powszechnie uznawane. Zob. J. Kolarzowski, *Definicja i funkcje polityki kryminalnej w pracach Bronisława Wróblewskiego*, „Studia Iuridica” 1996, t. 31, s. 33.

<sup>19</sup> P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 446.

<sup>20</sup> A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1 (4), s. 74 i n.

rolę odstrasżającą. Dolegliwość ta jest elementem potępienia moralnego wynikającego z kary<sup>21</sup>.

Warto podkreślić, że zarówno w obrębie kryminologii klasycznej, jak i neoklasycznej, a także pozytywistycznej, zagadnienia związane z innymi niż zakładane w ramach dyrektyw wymiaru kary konsekwencjami ich stosowania nie były przedmiotem zainteresowania. Część tych konsekwencji ma wyraźnie dysfunkcyjny charakter i może prowadzić do zachowań, przed którymi kara miała chronić. Inne to konsekwencje poza sferą prawa karnego i często nawet poza sferą polityki kryminalnej. Pojawiają się jako efekt zamierzonej działalności aktorów życia politycznego.

Dysfunkcje, jakie może nieść kara kryminalna, zostały dostrzeżone w pełni na gruncie refleksji związanej z podejściem antynaturalistycznym. Kara może być rozpatrywana jako akt społeczny. Każdy akt społeczny ma określone znaczenie nadawane mu przez audytorium (otoczenie społeczne) w wyniku interakcji. Aktem takim jest m.in. proces sądowy, w wyniku którego wymierzana jest kara<sup>22</sup>. To założenie wywodzące się z symbolicznego interakcjonizmu było jedną z inspiracji dla analizy konsekwencji stosowania reakcji karnej na zachowania dewiacyjne. Podejście to z jednej strony pozwalało dostrzec negatywne skutki skazania dotyczące sprawcę przestępstwa, z drugiej – uwidaczniało możliwy obszar błędów, które mogą wystąpić w procesie karania. Wpisywało się jednocześnie w istotę paradygmatu antynaturalistycznego, którą jest analiza reakcji na czyn naruszający normę.

Jednym z obszarów związanych ze stosowaniem represji karnej, które można dostrzec dzięki antynaturalistycznej perspektywie badawczej, jest problem „kreowania” dewiacji poprzez stosowanie normy prawa karnego. Może to wystąpić jako konsekwencja stygmatyzacji, czyli etykietowania przez instytucje kontroli społecznej. Z punktu

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 70–71.

<sup>22</sup> H. Blumer, *Implikacje socjologiczne myśli George’a Herberta Meada*, [w:] *Współczesne teorie socjologiczne*, t. 1, wybór i oprac. A. Jasińska-Kania, L.M. Nijakowski, J. Szacki, M. Ziółkowski, Warszawa 2006, s. 265–267.

widzenia teorii naznaczania społecznego problem zasadza się na reakcji zbiorowości na naznaczenie kogoś jako dewianta (dewiacja wtórna)<sup>23</sup>, do której dochodzi na skutek aktu wymiaru kary albo innego symbolicznego aktu, który w przekonaniu zbiorowości stwierdza popełnienie przestępstwa przez sprawcę. Samo przekroczenie normy, określane jako dewiacja pierwotna, jest o tyle istotne, że stanowi powód do wymierzenia kary skutkującej stygmatyzacją. Do najsilniej etykietujących czynników należy pozbawienie wolności stosowane jako reakcja na przestępstwo (dewiację pierwotną). Reakcja na zachowanie jest w tym przypadku głównym przedmiotem zainteresowania, przy czym sfera symboliczna w postaci wymierzenia kary może odpowiadać sferze realnej, czyli sprawstwu przestępstwa (czysta dewiacja). Może też być reakcją, która jest stosowana wobec osoby, która sprawcą nie była (fałszywe oskarżenie). Wtedy dojdzie do rozbieżności pomiędzy sferą symboliczną i realną. Wreszcie może wystąpić sytuacja, kiedy to w sferze symbolicznej nie było reakcji, natomiast w sferze realnej konkretna osoba popełniła przestępstwo (ukryta dewiacja). Zwracał na to uwagę Howard Becker, wskazując, że kara z uwagi na symboliczny wymiar może pełnić funkcję instrumentu rozstrzygającego, czy doszło do zachowania dewiacyjnego, czy też nie<sup>24</sup>. Zatem z jednej strony może kreować przestępstwa, z drugiej – je niwelować. Rzecz jasna znajdzie to odzwierciedlenie w statystyce przestępstw. Szczególne znaczenie mają przypadki, w których mimo zaistnienia przestępstwa (popełnienia czynu) nie doszło do reakcji. Tworzą one tzw. ciemną liczbę, która nie występuje w polu widzenia na gruncie innych nurtów kryminologii.

Koncepcja naznaczania społecznego pozwala również wyjaśnić zjawisko powrotności do przestępstwa z perspektywy reakcji na czyn. Jak wcześniej wskazano, ze skazaniem wiąże się nadanie znaczenia, czyli nazwanie sprawcy przestępcą i przypisanie mu cech odpowiadających

---

<sup>23</sup> E. Lemert, *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Englewood Cliffs 1967, s. 40–43.

<sup>24</sup> H. Becker, *Outsiderzy. Studia z socjologii dewiacji*, tłum. O. Siara, Warszawa 2009, s. 12–14.

stereotypowi przestępcy. Prowadzi to do stygmatyzacji jako przestępcy, która ogranicza możliwości nawiązywania interakcji z osobami stanowiącymi konformistyczne (nieprzestępcze) środowisko sprawcy. Ma to miejsce szczególnie w przypadku orzeczenia i wykonywania kary pozbawienia wolności. Opisując to zjawisko w kategoriach kryminologii konfliktowej, można przyjąć, że skazanie nie prowadzi do wygaszenia konfliktu, którego przyczyną było przestępstwo, lecz generuje nowe konflikty spowodowane ponownymi przestępstwami popełnionymi przez skazanego. Sprawca natomiast w wyniku stygmatyzacji może wybrać karierę przestępcy (*career criminals*)<sup>25</sup>. Dzięki takiemu ujęciu wyjaśnienie etiologii zjawiska powrotności do przestępstwa zyskuje nową perspektywę, odmienną od występujących na gruncie pozytywizmu koncepcji poszukujących jego źródeł w cechach sprawcy lub cechach środowiska. Niewątpliwie kara jest w tym przypadku czynnikiem wywołujący skutek w postaci powstania recydywy. Należy podkreślić, że interesujące wnioski na temat przejawów tego zjawiska pojawiają się, gdy do jego analizy zastosować podejście antynaturalistyczne (źródło recydywy) oraz pozytywistyczne odnoszące się do wytworzenia określonych cech skazanych wielokrotnie, jak np. wyuczona bezradność (przyczyna akceleracji recydywy)<sup>26</sup>. Niezależnie jednak od perspektywy, kara stanowi element będący głównym źródłem tego zjawiska.

Cel w zakresie prewencji generalnej może być realizowany jedynie wtedy, gdy fakt ukarania dotrze do świadomości członków zbiorowości. Dotyczy to zarówno osób, które nie łamią prawa, jak i potencjalnych sprawców. Wymierzając karę, można również osiągnąć efekt w postaci eksponowania prerogatyw władzy. Pojawił się zatem skutek w postaci oddziaływania na społeczeństwo nie tylko w zakresie polityki karnej, ale także polityki rozumianej jako „dążenie do udziału we władzy lub

<sup>25</sup> A. Blumstein, J. Cohen, J.A. Roth, Ch.A. Visher, *Criminal Careers and „Career Criminals”*, Vol. 1, Washington 1986, s. 16.

<sup>26</sup> Zjawisko polegające na tym, że z każdym odbyciem kolejnej kary pozbawienia wolności rośnie prawdopodobieństwo kolejnego skazania na karę pozbawienia wolności przy jednoczesnym skracaniu okresów pobytu na wolności.

do wywierania wpływu na podział władzy [...] w obrębie państwa między grupami ludzi, jakie ono obejmuje”<sup>27</sup>.

Zjawisko nie jest nowe, bowiem kara za przestępstwo była wykorzystywana jako narzędzie wpływania na zbiorowość od dawna. Aby jednak to osiągnąć, konieczne było wyeksponowanie obowiązującej normy oraz jej realizacji w taki sposób, aby możliwie najszerszy krąg osób mógł się z nimi zapoznać. Publiczne wykonywanie kar było przez długi czas jedynym sposobem sugestywnego przekazania treści, które mogły realizować cele o charakterze penalnym, jak i politycznym. To współwystępowanie różnych celów, w których realizacji mogą być wykorzystane instrumenty o charakterze prawnokarnym, sprawia, że na wymierzanie i wykonywanie kary można spojrzeć z punktu widzenia skutków osiągniętych w płaszczyźnie politycznej. Wykorzystywanie instrumentów prawnokarnych do uzyskania celów politycznych może przybierać postać określaną jako populizm penalny. Zjawisko to stało się przedmiotem zainteresowania na gruncie kryminologii stosunkowo niedawno, bo na przełomie XX i XXI w.<sup>28</sup>

Populizm jako termin występujący w opisie działań o charakterze politycznym jest definiowany w różny sposób. Wskazuje się, że „populizm jak kameleon przejmuje kolory swego otoczenia, dlatego w różnym czasie może przyjmować różną postać”<sup>29</sup>. Niezwykle trudno w związku z tym go zdefiniować. Populizm penalny również wykazuje takie cechy, bowiem populizm polityczny i populizm penalny to zjawiska silnie ze sobą powiązane. Można przyjąć, że populizm penalny jest jednym z rodzajów populizmu politycznego.

---

<sup>27</sup> M. Weber, *Polityka jako zawód i powołanie*, tłum. A. Kopacki, P. Dybel, Kraków 1998, s. 56.

<sup>28</sup> Termin ten upowszechnił John Pratt, który w monografii *Penal Populism* scharakteryzował proces wykorzystywania prawa karnego, w szczególności karania, do realizacji celów politycznych. Zob. J. Pratt, *Penal Populism*, New York 2007.

<sup>29</sup> P. Taggart, *Populism and Representative Politics in Contemporary Europe*, „Journal of Political Ideologies” 2004, Vol. 9, No. 3, s. 275.



### Według Anthony'ego Bottomsa populizm penalny to

zespół społecznych przekonań charakteryzujący się punitywnym nastawieniem do przestępczości i mniejszym niż dawniej zrozumieniem jej sprawców, wobec których politycy czują się zobowiązani stosować surowe środki reakcji<sup>30</sup>.

### Wojciech Zalewski populizm penalny definiuje jako

zespół społecznych przekonań, także działań politycznych i legislacyjnych podejmowanych z programowym ograniczeniem roli ekspertów, współkształtowany przez media, charakteryzujący się surowym nastawieniem do przestępczości i brakiem współczucia dla jej sprawców<sup>31</sup>.

Niewątpliwie cechą populizmu penalnego jest instrumentalne wykorzystanie przestępstwa do tego, aby demonstrować determinację w zwalczaniu zachowań patologicznych, a w dalszej konsekwencji – uzyskać zamierzony rezultat w sferze bieżącej polityki. Tym zatem różni się polityczne wykorzystanie karania od polityki kryminalnej, że cele realizowane w ramach polityki karnej w pierwszej kolejności obejmują redukcję przestępczości, co oczywiście może w konsekwencji wpływać na osiąganie również celów politycznych. Determinacja ta może się przejawiać na płaszczyźnie legislacyjnej na wiele sposobów. Przede wszystkim poprzez zwiększenie zakresu kryminalizacji w wyniku obejmowania coraz większej liczby zachowań sankcją karną. Może też występować pod postacią zaostrzenia sankcji karnych przewidzianych w normach sankcjonujących za określone rodzaje przestępstw. Innym sposobem realizacji celów w obrębie omawianego zjawiska jest zmiana regulacji dotyczących trybu orzekania, w szczególności ograniczenie możliwości orzekania kar wolnościowych lub ograniczenie możliwości

---

<sup>30</sup> A. Bottoms, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, [w:] *The Politics of Sentencing Reform*, ed. by C.M.V. Clarkson, R. Morgan, Oxford 1995, s. 23 i n.

<sup>31</sup> W. Zalewski, *Populizm penalny – próba zdefiniowania zjawiska*, [w:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2008, s. 31–32.

stosowania instytucji redukujących dolegliwość kary (np. nadzwyczajnego złagodzenia kary).

Działania populistyczne zmierzają przede wszystkim do realizacji celów politycznych, a redukcja przestępczości stanowi jedynie pretekst do podejmowania spektakularnych działań o charakterze politycznym. Jednak w związku z tym należy zaznaczyć, że nie ma populizmu bez upublicznienia informacji na temat reakcji na przestępstwo lub przestępczość. Zatem szczególnie intensywnie tego rodzaju działania występują w ostatnich dziesięcioleciach, kiedy informacja o zastosowaniu środka reakcji karnej może dotrzeć do niemal całej społeczności zainteresowanej sytuacją na określonym obszarze. Rozwój interaktywnych form przekazu umożliwiający dotarcie informacji o konkretnym przestępstwie i reakcji na nie do dużej liczby adresatów zwiększa efektywność działań populistycznych.

Anthony Bottoms wyróżnił trzy powody, dla których populizm penalny jest współcześnie atrakcyjny i zwiększa się jego zasięg. Pierwszym jest powszechna wiara, że zwiększona punitywność może być efektywnym sposobem redukcji przestępczości w wyniku odstraszenia oraz uniemożliwiania popełniania przestępstw. Drugim jest nadzieja, że wzmocni to normy moralne w pluralistycznym społeczeństwie. Trzeci odwołuje się do tego, że politycy wierzą, iż takie działanie przynosi wyborcze zwycięstwo<sup>32</sup>. Wydaje się, że ten ostatni element odgrywa zasadniczą rolę w zwiększeniu skali omawianego zjawiska.

Populizm penalny nie jest zjawiskiem przypisanym do określonego modelu funkcjonowania społeczeństwa ani do określonej koncepcji ustroju politycznego. Wyrażane są jednak również poglądy, iż omawiane zjawisko ma kontekstualny charakter<sup>33</sup>. Jako przykład wskazuje się kraje anglosaskie, w których zjawisko to występuje z szczególną intensywnością<sup>34</sup>. Niewątpliwie natomiast można wskazać systemy polityczne i modele realizacji polityki karnej, które w większym stopniu

<sup>32</sup> A. Bottoms, *op. cit.*, s. 40.

<sup>33</sup> P. Taggart, *op. cit.*, s. 111.

<sup>34</sup> W. Zalewski, *op. cit.*, s. 17.

niż inne sprzyjają rozwojowi tego zjawiska. Dotyczy to przede wszystkim tych systemów, w których społeczeństwo ma wpływ nie tylko na obsadzanie stanowisk politycznych, ale także stanowisk w wymiarze sprawiedliwości<sup>35</sup>.

Powstaje zatem pytanie, który z nurtów w kryminologii stwarza możliwości opisu oraz wyjaśnienia tego zjawiska. Populizm penalny został dostrzeżony początkowo tam, gdzie metody reagowania na przestępczość wywodzące się z pozytywizmu okazały się nieefektywne, a w wielu przypadkach – dysfunkcyjne i niezrozumiałe dla większości społeczeństwa. Oderwanie reakcji na przestępstwo i przestępczość od społecznego kontekstu, w którym jest realizowana, charakterystyczne dla idei skierowanych na poprawę sprawcy, sprawiło, że działania zmierzające do jej uproszczenia odpowiadały oczekiwaniom znacznej części społeczeństwa. Redukcjonizm dotyczył zarówno metod, jak i środków reakcji związanych przede wszystkim z pozbawieniem wolności, występującym nie tylko w postaci kary, ale także tymczasowego aresztowania oraz środków zabezpieczających połączonych z pozbawieniem wolności. Ich stosowanie najczęściej ma neoklasyczne uzasadnienie. Z jednej strony chodzi o uniemożliwienie popełnienia dalszych przestępstw, z drugiej – o sprawiedliwą odpłatę<sup>36</sup>. Sprawiedliwą, czyli proporcjonalną do wagi czynu popełnionego przez sprawcę i potępienia, które czyn ten wywołuje<sup>37</sup>.

Populizm penalny jako zjawisko, którego istotą jest reakcja na przestępstwo, może być z powodzeniem analizowany z perspektywy kryminologii antynaturalistycznej. Instrumentalne wykorzystanie kary jako sposobu reakcji na przestępstwo pozwala dostrzec nowe problemy, które nie były zauważalne, gdy przedmiotem analizy była jedynie reakcja

<sup>35</sup> Dotyczy to przede wszystkim Stanów Zjednoczonych, gdzie sędziowie i prokuratorzy wybierani są przez społeczność, w których wykonują swoje funkcje. Zob. M. Tonry, *Polityka karna, kultura polityczna a zasady konstytucyjne*, „Archiwum Kryminologii” 2007, t. 28, s. 104.

<sup>36</sup> D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford 2002, s. 14.

<sup>37</sup> A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993, s. 15.

na czyn ze strony organów kontroli społecznej, bez związku z celami politycznymi, które tę reakcję uruchamiały. W przypadku działań populistycznych reakcja ta może być inspirowana przez polityków w odezwaniu od rzeczywistej skali zagrożenia przestępczością. W skrajnych przypadkach może się ona wiązać ze sztucznie wytworzonym przez media lub samych polityków poczuciem zagrożenia przestępczością. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że zjawisko opisywane na gruncie teorii naznaczania społecznego związane z negatywnymi skutkami błędnej reakcji na przestępstwo, skutkującej np. fałszywym oskarżeniem, może wynikać z dążenia do zastosowania reakcji „za wszelką cenę”, aby zrealizować oczekiwania społeczności w zakresie wymierzenia sprawiedliwości jako aktu przywracającego równowagę w zakresie ocen moralnych. Wprawdzie również bez zachowań populistycznych mogą się pojawić takie skutki, choćby w wyniku dążenia do uzyskiwania rezultatów w zakresie zwiększenia wskaźnika wykrywalności, jednak w przypadku działań populistycznych skala negatywnych konsekwencji jest z reguły znacznie większa, gdyż impuls do sprostania wymaganiom pochodzi od podmiotów usytuowanych poza systemem wymiaru sprawiedliwości. Podmioty te z reguły mają, albo będą mieć wpływ na organy stosujące prawo. Dotyczy to przede wszystkim tych systemów, w których nie występuje wyraźne rozdzielenie władzy politycznej od wymiaru sprawiedliwości.

Analiza zjawiska określanego jako populizm penalny może być dokonywana z perspektywy różnych nurtów refleksji kryminologicznej. Pojawić się w niej może krytyka pozytywistycznej wizji polityki karnej, z dążeniem do jej uproszczenia przez stosowanie zrozumiałych dla „ludu” środków i metod reakcji karnej znajdujące uzasadnienie w neoklasycznych poglądach na zagadnienia stosowania kary. Pojawić się w niej powinna również charakterystyczna dla kryminologii radykalnej analiza mechanizmów związanych z eufunkcjonalnymi i dysfunkcjonalnymi skutkami reakcji karnej podejmowanej pod naciskiem opinii społecznej, motywowanej osiągnięciem celów politycznych. Populizm penalny jest zatem fenomenem, w którego ramach występują problemy

na tyle istotne, że kryminologia niezależnie od perspektywy badawczej może i powinna poszukiwać sposobu ich opisu i wyjaśnienia. Ukazuje to jednocześnie, że kara kryminalna jest istotnym elementem analizy funkcjonowania zbiorowości nie tylko z perspektywy kryminologii czy prawa karnego, lecz także w jej pozakarnych aspektach. Wynika to stąd, że kara może realizować w społeczeństwie również funkcje inne niż penalne.



# Indeks nazwisk

- Abbas Tahir 89  
Abramowski Edward 74  
Adamski Andrzej 120  
Ağca Mehmet Ali 36  
Ahrens Heinrich 10  
Ajdukiewicz Kazimierz 14, 22  
Akers Ronald L. 22  
Ancel Marc 16  
Archer Mann Susan 124  
Arrigo Bruce A. 125  
Artymiak Grażyna 135  
Arystoteles 9  
Augustyn, św. 9, 28, 29
- Balbus Ian 16  
Bałandynowicz Andrzej 141  
Barton Alana 152–155, 157  
Baszkiewicz Jan 28  
Bazes Gustaw 58  
Beccaria Cesare Marchese di 30, 62, 132, 163, 170  
Becker Howard 174  
Becker Mary E. 125  
Bentham Jeremy 11, 163  
Bergson Henri 116  
Bernard Thomas 16  
Blumer Herbert 173  
Blumstein Alfred 175  
Błachut Janina 98, 100, 169, 170  
Bocheński Józef Maria 37  
Bois-Pedain Antje du 151, 152
- Bojarski Aleksander 54, 55, 57  
Bojarski Janusz 120,  
Bojarski Tadeusz 146  
Borkowska Olga 112  
Bosworth Mary 100  
Bottoms Anthony 101, 177, 178  
Bourdieu Pierre 102, 103  
Boy-Żeleński Tadeusz 8, 22  
Bridgeman Jo 103  
Britto Sarah 126  
Britton Dana M. 113  
Brodzińska Barbara 110  
Broeck Jeroen Van 83  
Brzozowski Stanisław 74  
Buchala Kazimierz 11  
Buć Milena 110  
Bujwid Kazimiera 78  
Bujwid Odo 75, 78  
Burgess-Proctor Amanda 108  
Burszta Wojciech J. 82  
Buszko Józef 75, 76  
Butler Judith 114
- Cabaj Janusz 105, 110  
Carelli Luigi 67  
Chambliss William 16  
Chesney-Lind Meda 107, 113  
Choi Carolyn 84  
Christie Nils 16, 103, 118  
Chrzczonowicz Piotr 120  
Cieplý Filip 22

- Cieślak Marian 136, 137, 165  
Cieślak Wojciech 136  
Clark Kenneth 159  
Clarkson Chris M.V. 177  
Cohen Jacqueline 175  
Cole George F. 153, 154  
Connell Raewyn W. 109  
Conrad John Phillips 161  
Crowther-Dowey Chris 107  
Curran Daniel J. 105  
Cybulski Napoleon 77, 78  
Czerkawski Jan 26  
Czerkawski Włodzimierz 75, 77  
Czerniak Anna 110  
Czochron Sebastian 132  
  
Ćwiąkański Zbigniew 135  
  
Dalton Clare 111  
Daly Kathleen 107, 113  
Daszyński Ignacy 76, 78, 79  
Dąbrowska Ewa 112  
Dembowski Bronisław 26  
Dębowiecki Adam 72  
d'Holbach Paul-Henri Dietrich 32  
Dolan Frances E. 124  
Domański Stanisław 78  
Durkheim Émile 12, 15, 105, 171  
Dybel Paweł 176  
  
Einstadter Werner J. 22  
Eisenhower Dwight David 116  
Elżbieta I Tudor 117  
Engels Fryderyk 74  
Erdman Adam 151  
Eysenck Hans 15  
  
Falandysz Lech 22, 27, 47  
Fausto-Sterling Anne 103  
Ferrero Guglielmo 67  
Ferri Enrico 12, 33, 67, 171  
Feuerbach Paul 11, 68  
Feuillet Andre 39  
Fichte Johann Gottlieb 10  
Fierich Ksawery 77, 78  
Filar Marian 120  
Foster Abby Kelley 117  
Foucault Michel 122  
Franciszek, papież 21, 50  
Freedman Estelle B. 111  
Freud Sigmund 15  
  
Gaberle Andrzej 100, 101, 169, 170  
Gallin Alice J. 84  
Galton Francis 16  
Gardocki Lech 89, 90  
Garland David 101, 179  
Garofalo Raffaele 12, 33, 67, 69  
Gelsthorpe Loraine 126  
Gill Aisha K. 89  
Giudicelli-Delage Geneviève 88  
Glaser Daniel 33  
Godlewski Jerzy Feliks 30  
Górowski Wojciech 135  
Górski Antoni 77  
Grabowska Magdalena 106  
Gramatica Filippo 16  
Granat Wincenty 31  
Grant Bowman Cynthia 125  
Grocjusz Hugo 9, 10  
Gromkowska-Melosik Agnieszka 105  
Grześkowiak Alicja 22, 45, 135, 141, 165, 169



- Grzyb Magdalena 108  
Grzybowski Konstanty 28  
Grzybowski Marian 149  
  
Haag Ernest van den 5, 18, 22, 151, 158–164  
Haecker Emil 76  
Hale Chris 119  
Hamel Edouard 42  
Hayward Keith 119  
Hegel Georg Wilhelm Friedrich 11, 68, 168  
Heidensohn Frances 113  
Henry Stuart 22  
Herring Jonathan 154  
Herzog Sergio 125  
Hildebrand Dietrich von 42  
Hindley Myra 109  
Hirsch Andreas (Andrew) von 5, 18, 22, 151–157, 164, 172, 179  
Hirschi Travis 15  
Hitler Adolf 116  
Hobbes Thomas 108, 109  
Hofmański Piotr 136–138  
Holtzendorff Franz von 63  
Homerski Józef 39  
Hook Sidney 158  
Horowitz Samuel 59, 60, 79  
Hoyle Carolyn 100  
Hugo Gustav von 29  
  
Idriss Mohammad Mazher 89  
  
Jan Paweł II (Wojtyła Karol) 21, 22, 31, 36, 37, 40, 49, 50  
Janion Maria 111  
Janiszewska-Talago Elżbieta 54, 62, 69  
  
Jasińska-Kania Aleksandra 173  
Jaworski Władysław Leopold 78  
Jeziński Marek 110  
Jodkowski Kazimierz 167  
Joppke Christian 92  
Jordan Henryk 78  
  
Kaczyński Lech 51  
Kallir Natan 59, 60  
Kant Immanuel 8, 11, 63, 68, 153, 168, 171  
Kardas Piotr 135  
Kartezjusz (Descartes René) 122  
Kasperek Franciszek 55, 77, 78  
Kawczak Andrzej 32  
Kawczak Maria 32  
Kennedy John Fitzgerald 116  
Kiciński 58  
Kiełtyka Andrzej 140  
Kimmel Michael 110  
Kirby Alan 123  
Klimczyk Wojciech 123  
Klimowicz Joanna 129  
Kłoczowski Jan A. 42  
Kłonkowska Anna M. 110  
Kochanowski Janusz 19  
Kokot Rajnhardt 177  
Kolarzowski Jerzy J. 172  
Kondratiewa-Bryzik Jelena 102  
Kopacki Andrzej 176  
Kopciewicz Lucyna 103  
Kornatowski Wiktor 29  
Kostanecki Kazimierz 78  
Kotowski Wojciech 140  
Kovandzic Tomislav V. 126  
Kowalewska-Borys Ewa 113  
Kowska Małgorzata 122  
Kozielecki Józef 33

- Krajewski Krzysztof 85, 169, 170  
 Krasiński Zygmunt 76  
 Krasuska Karolina 114  
 Krause Karl 10  
 Krąpiec Mieczysław Albert 29, 31  
 Krempelowski Andrzej 36  
 Kretschmer Ernst 15  
 Królikowski Michał 10, 19, 22, 135  
 Kruk Ewa 146  
 Krzymuski Edmund 9–11, 13, 14,  
 22, 23, 54, 57, 62, 63, 65, 74,  
 77, 168, 171  
 Krzywicki Ludwik 74  
 Kurzępa Bolesław 140  
  
 Lacassagne Alexandre 12  
 Lande Jerzy 29  
 Langkammer Hugolin 39  
 Larrauri Elena 94  
 Lea John 110  
 Leciak Michał 120  
 Legowicz Jan 28  
 Lemert Edwin M. 174  
 Leo Juliusz 77, 78  
 Leon XIII 26, 30  
 Lernell Leszek 105, 106  
 Lincoln Abraham 116  
 Linehan Elizabeth A. 161  
 Liszt Franz von 11, 12, 22, 67,  
 68, 171  
 Loader Ian 100  
 Lombroso Cesare 12, 64, 67, 74,  
 108  
 Löwy Ilana 103  
 Lubelski Marek J. 132, 135, 137,  
 146, 149  
 Lubelski Wojciech 135  
  
 Lukas Scott A. 22  
 Lyman John C. 84  
 Lyotard Jean-François 122  
  
 Łach Stanisław 42  
 Łętowska Ewa 111, 121  
  
 Maciąg Zbigniew Antoni 149  
 MacKinnon Catharine A. 105, 109,  
 111, 113  
 Magnarella Paul J. 84  
 Mahmud Banaz 89  
 Majchrowski Jacek Maria 52  
 Majchrowski Zbigniew 111  
 Majewska Dominika 106  
 Makarewicz Juliusz 11, 12, 148  
 Malinowski Bronisław 97  
 Mannheim Hermann 33  
 Marek Andrzej 62, 85, 165  
 Marks Karol 74  
 Marody Mirosława 109  
 Martyniak Czesław 29  
 Mazowiecki Tadeusz 46  
 McLeod Julie 102  
 Mead George Herbert 173  
 Meier Robert F. 27  
 Merton Robert K. 15  
 Mędała Stanisław 38–40  
 Michałowski Raymond J. 27  
 Migasiński Jacek 122  
 Milewski Józef 77  
 Miller Fred D. 161  
 Millns Susan 103  
 Moller Okin Susan 125  
 Monteskiusz (Montesquieu) Char-  
 les Louis de Secondat 8, 22,  
 62, 132

- Morgan Rod 177  
Morris Allison 126  
Morrison Wayne 119  
Moyer Imogene L. 114  
Mrozik Agnieszka 106
- Napoleon Bonaparte 116  
Naz Rukhsana 89  
Neuda Max 59, 70  
Neumann Ulfrid 151, 152  
Newburn Tim 107  
Nietzsche Friedrich 67, 122  
Nijakowski Lech M. 173  
Nowak Julian 78  
Nye F. Ivan 15
- O'Keeffe Louise 129  
Ornowska Alicja 140  
Orygenes 28  
Otowicz Ryszard 41, 43
- Pace Eric 158–160  
Pareński Stanisław 78  
Paściak Józef 42  
Patkaniowski Michał 60  
Paul Ellen Frankel 161  
Paul Jeffrey 161  
Pawlik Renata 132  
Payton Joanne 89  
Peno Michał 22  
Peter Michał 38, 41, 42  
Piotrowska Joanna 112  
Pius IX 30  
Pius X 116  
Pius XII 30, 31, 36  
Platon 9  
Płatek Monika 98, 100, 102, 103, 108, 112, 115, 120
- Pływaczewski Emil W. 100  
Poklewski-Koziell Krzysztof 44  
Polasik-Wrzonek Karolina 103  
Ponikło Stanisław 78  
Potocki Alfred 70, 71  
Pratt John 176  
Puchejda Adam 102  
Puchta Georg Friedrich 29
- Quetelet Adolphe 12  
Quinney Richard 16
- Rad Gerhard von 40  
Radzinowicz Leon 101  
Rafter Nicole 113  
Ramazanoglu Caroline 110  
Rappaport Emil Stanisław 30, 170  
Ratzinger Joseph (Benedykt XVI) 116
- Reckless Walter 15  
Reid Sue Titus 152, 160  
Reiman Jeffrey 161  
Reinhold Józef 11  
Rekosz Emilia 108  
Renzetti Claire M. 105–106, 124  
Rhode Deborah L. 103  
Roeder Karl 10  
Rosenblatt Józef Michał 5, 11, 53–74, 77–80  
Roth Jeffrey A. 175  
Roxin Claus 152, 153, 166  
Rusinek Michał 140
- Saugstad Andreas 122  
Savigny Friedrich Carl von 29  
Schafer Stephen 33

- Schelkle Karl Herman 42, 43  
Schelling Friedrich Wilhelm Joseph von 11  
Schlick Moritz 14, 15, 22, 32  
Schmelz Leo 59, 70  
Schneiderhamer Jan 72  
Schreiber Lubomir 151  
Schulhofer Stephen J. 126  
Scott Joan W. 111  
Seidman Robert 16  
Sellin Thorsten 16, 33  
Sergiejewski (Sergiewski) Mikołaj (Sergeyevsky Nikolay Dmitriewicz) 68  
Seth Abraham 123  
Sheldon William 15  
Sherman Lawrence W. 100, 101  
Siara Olga 174  
Sienkiewicz Zofia 177  
Silvestri Marisa 107  
Simester AP 151, 152  
Skłodowska-Curie Maria 76, 118  
Skrętowicz Edward 146  
Slany Krystyna 106  
Słowacki Juliusz 76  
Smart Carol 103, 107, 113, 124  
Sokolewicz Wojciech 102  
Sokrates 119  
Solarska Maria 103  
Sosnowska Ewa 108  
Sparks Richard 100, 101  
Spitzer Steven 16  
Sroka Tomasz 135  
Stalin Józef 116  
Stanley Liz 113  
Stefański Ryszard A. 135  
Steinborn Sławomir 136  
Storrs Elisabeth 109  
Struzik Justyna 106  
Stryczyk Joanna 102  
Strzelec Adam 132  
Strzeszewski Czesław 26  
Suchodolski Bogdan 137  
Sutherland Edwin Hardin 15  
Swieżawski Stefan 26  
Synakiewicz Alina 112  
Szacka Barbara 106  
Szacki Jerzy 173  
Szaniawski Klemens 32  
Szenhak J. 67  
Szewczyk Maria 135, 140  
Szlachta Bogdan 52  
Sztompka Piotr 172  
Szwarc Andrzej 111  
Szydło Beata 106  
Szymaniak Karolina 102  
Szymborska Wisława 117, 118, 120, 121  
Ślipko Tadeusz 43, 44  
Śliwowski Jerzy 138  
Świda Witold 22, 62  
Święcicki Andrzej 38  
Taggart Paul 176, 178  
Tankebe Justice 101  
Tarde Gabriel 12  
Tarnowski Stanisław 75, 76  
Taylor Charles 102  
Taylor Ian 16  
Thapar-Björkert Suruchi 89  
Tischner Józef 42  
Tomao Sharon M. 84  
Tomasi Silvano 21

- Tomasz z Akwinu św. 9, 26, 29, 30  
Tonry M. 179  
Torrey Morrison 125  
Turk Austin 16  
Tyszkiewicz Leon 23, 34, 47, 100, 101, 167  
  
Ulanowski Bolesław 77, 78  
Utrat-Milecki Jarosław 83, 143, 144  
  
Vieraitis Lynne M. 126  
Visser Christy A. 175  
Vold George B. 16, 34  
  
Wahidin Azrini 119  
Wakar Krzysztof 102  
Walton Paul 16, 110  
Waltoś Stanisław 137  
Warylewski Jarosław 23  
Waryński Ludwik 56–58, 70, 72, 75  
Ważny Andrzej 140  
Weber Max 176  
Weigend Thomas 19, 23  
Welsh Kirsty 124  
West Rosemary 109  
White James E. 162  
Whitson Marian 114  
Wiak Krzysztof 135  
Widacki Jan 11, 23, 52, 54–59, 63, 132, 168, 171  
Williams Joan C. 125  
Wilson James Q. 18, 23  
Winclawska Maria 110  
Wincup Emma 119  
Wise Sue 113  
Witkiewicz Stanisław Ignacy (ps. Witkacy) 97, 98, 113, 129  
Witkowski August 76  
Władyka Wiesław 116  
Wojciechowski Bartosz 92  
Wojnicka Katarzyna 106  
Wolter Władysław 11  
Wonders Nancy 125  
Worek Barbara 110  
Woroniecki Jacek 34, 43  
Wróbel Włodzimierz 62, 131, 133–135, 166, 168  
Wróblewski Bronisław 172  
Wykes Maggie 124  
  
Yones Yeshu 89  
Young Jock 16, 110  
  
Zalewski Wojciech 177, 178  
Zawadzki Tadeusz 116  
Zawłocki Robert 10, 22, 135  
Ziółkowski Marek 173  
Zmelonek Piotr 116  
Znamierowski Czesław 108  
Znaniecki Florian 15  
Zoll Andrzej 11, 62, 98, 132, 166, 168  
Zoll Fryderyk (młodszy) 78  
Zoll Fryderyk (starszy) 77  
  
Żarnowska Anna 111

